Die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften als Folge der Unmöglichkeit der Verwirklichung ihres Inhalts

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Ludwig Marck

Referendar am Kgl. Landgericht zu Brieg

München 1913

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung

(Oskar Beck)

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Fischer

Korreferent: Professor Dr. Leonhard

C. H. Beck'sche Buchdruckerei in Nördlingen

Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Otto Fischer in Verehrung und Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

A. Methodisches.

§ 1.

Ein auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig, dieser Satz findet sich wie im BGB. so in den meisten Gesetzbüchern der Gegenwart und Vergangenheit. Eben um dieses Umstandes willen ist zunächst zu vermuten, daß er, im tiefsten Grunde des Rechts verankert, sich jedem Gesetzgeber als selbstverständlich aufdrängen müsse. Dem entspricht auch seine Rechtfertigung in der Literatur, wo er „als selbstverständlich aus der Natur der Sache folgend", als sich „natürlich aus dem vernünftigen Recht ergebend", als „natürliches Gebot der Logik" gestützt wird.[1] Sieht man dann freilich auf die mißlichen Konsequenzen, die die praktische Durchführung dieses Satzes bietet, auf Konsequenzen, die dem Rechtsgefühl oft heftig widerstreiten, so steigt wohl der Verdacht auf, ob Gesetzgeber und Literatur bei Herleitung des Satzes aus rechtlichen Grundbegriffen methodisch richtig vorgegangen sind. Aus Betrachtungen über den Begriff des Rechtsgeschäfts, der Nichtigkeit und der Unmöglichkeit wurde durch Kombination ein Resultat gewonnen, welches die Praxis nicht befriedigen konnte, und dies läßt angesichts der eminent praktischen Natur des Rechts an der juristischen Ersprießlichkeit der vorgenommenen Kombination von Begriffen wie überhaupt an einer solchen zweifeln. Als Schloßmann in seiner Behandlung der Irrtumslehre es ablehnte, aus dem Begriff des Rechtsgeschäfts, der autonomen rechtssetzenden Persönlichkeit u. dgl. eine Folgerung für eine richtige

---

[1] Siehe **Hartmann**, Obl., S. 172, 175, **Kleineidam**, Unmöglichkeit, S. 35, **Dernburg**, Bürgerl. Recht Bd. II S. 35, **Eckstein** im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 37 S. 344.

Regelung der Irrtumslehre zu ziehen, begründete er dies mit folgenden Allgemeingültigkeit beanspruchenden Sätzen: „Niemals können aus einem aprioristischen Begriffe Rechtssätze hergeleitet werden. Für das Recht wertvolle Begriffe lassen sich nur aus Rechtssätzen bilden.“ Die Bildung von solchen Einzelrechtssätzen wurde in der Unmöglichkeitslehre desjenigen Rechts, das das Vorbild der späteren werden sollte, in dem römischen Recht, aber schon früh durch Aufstellung eines dogmatischen Satzes abgeschnitten. Um so mehr scheint für uns die Notwendigkeit zu bestehen, einzig aus einer Beobachtung des Verkehrslebens und seiner Bedürfnisse die zur Befriedigung dieser Bedürfnisse zweckentsprechenden, notwendigen Rechtssätze zu entnehmen und an ihnen das geltende Recht zu prüfen. Wenn vorliegende Arbeit dennoch in ihrem ersten Teile Begriffe wie Rechtsgeschäft, Unmöglichkeit, Nichtigkeit behandelt und daraufhin untersucht, inwieweit sich schon aus ihrer Kombination eine juristische Erkenntnis für die Unmöglichkeitslehre ergibt, so hat dies einen doppelten Grund:

1. Es ist möglich zu zeigen, daß die Anhänger einer naturnotwendigen Nichtigkeit von Verträgen mit unmöglichem Inhalt auf ihrem eigenen Grund und Boden widerlegt werden können, d. h. daß nicht sowohl ihre Methode, als vielmehr nicht zu Ende gedachte oder durch irrtümliche Erwägungen durchkreuzte Gedankenreihen an dem praktisch verfehlten Resultat schuld sind.

2. Die Führung des Beweises seitens des Gegners rollt Fragen von höchster rechtsmethodologischer Bedeutung auf und greift gerade auch in ihren Irrtümern an die prinzipiellsten Fragen des Rechts und der Rechtsphilosophie, hierbei zum Teil mit Fehlern arbeitend, die unsere Zeit prinzipiell längst überwunden zu haben glaubt. Diese falschen rechtsphilosophischen Grundlagen können aber nicht häufig genug bekämpft werden, da gerade das Unmöglichkeitsproblem in seiner rechtlichen Behandlung die verhängnisvollen Folgen einer falschen Rechtsphilosophie auch für die juristische Behandlung einer Spezialfrage darlegt. Wenn mit einem einwandfreien Begriff des Rechts gearbeitet worden wäre, hätte die Regelung der Unmöglich-

keit wohl nicht ihre durch nichts gerechtfertigte Überschärfung der Wirkungen erhalten.

Dies rechtfertigt einen ersten rechtsphilosophischen Teil.

B. Rechtsphilosophisches.

§ 2.

Es muß als sehr auffallend erscheinen, daß das BGB. bezüglich der Frage, ob Rechtsgeschäfte mit unmöglichem Inhalt nichtig sind, schweigt.[1] Es enthält in seinem allgemeinen Teil keine Bestimmung dieser Art, während es die Nichtigkeit verbotener und unsittlicher Geschäfte in §§ 134 und 138 ausdrücklich statuiert. Die erste prinzipielle Frage, die hier entsteht, lautet: Kann bei Schweigen des Gesetzes überhaupt — gewissermaßen als selbstverständlich — der Satz aufgestellt werden, daß jedes Rechtsgeschäft mit unmöglichem Inhalt nichtig sei? Mit anderen Worten: Gibt es außer dem Gesetz eine Instanz, die einem bestimmten rechtlichen Akt seine ihm nach dem Gesetz zukommende Wirksamkeit zu nehmen vermöchte? Die Bejahung dieser Frage wäre gleichbedeutend mit der Bejahung einer über die positive Rechtsordnung gestaffelten anderen, dieselbe korrigierenden Ordnung. Welcher Art sollte aber diese Ordnung sein? Betrachten wir die Beispiele, die als von Natur vernichtend angeführt werden und die z. B. von Wach am Urteil entwickelt, als dem Recht zuwiderlaufend ebenso für das Rechtsgeschäft ihre Bedeutung haben müßten.

Wach führt (RheinZ. S. 20) folgende Fälle an: Gänzliche Unbestimmtheit, Unverständlichkeit, Widersinn, Monstrosität, Unsittlichkeit, rechtliche Unmöglichkeit = Verbotenheit, physische Unmöglichkeit. Es fragt sich also, welche Ordnungen durch diese Fehlerquellen gestört werden und wie diese sich zur Rechtsordnung, d. h. zum positiven Recht verhalten. Nur wo eine Überordnung einer dieser Ordnungen nachzuweisen ist, ist mit der betreffenden Ordnung auch die Rechtsordnung gestört.[2]

---

[1] Siehe Fischer-Henle Anm. 6 zu § 134.

[2] Zum folgenden vergl. O. Fischer, Zweiter Beitrag S. 7.

I. Unverständlichkeit, Widersinn, Unbestimmtheit. Hierunter fällt also ein Rechtsgeschäft, das beispielsweise in seinem zweiten Teile das Gegenteil von dem im ersten Teil Ausgesprochenen enthielte. Da es sich selbst widerspricht, so ist die logische Ordnung gestört, d. h. es liegt ein logisches Nichts vor, hiermit aber auch, da die Erklärung unseres Wissens wie all unser Denken logischen Formen gehorchen muß, auch ein juristisches Nichts. Die logische Ordnung ist der juristischen übergeordnet. Daher bedurfte es auch keiner ausdrücklichen Regelung dieser Frage im BGB. Dieser Satz ist in der Tat selbstverständlich.[1]

II. Unsittlichkeit. Durch einen unsittlichen Befehl wird die Ordnung der Sittlichkeit gestört, ein sittlicher Befehl, der etwas Unsittliches anbefiehlt, verneint sich selbst und ist nichtig. Gilt das gleiche von einem rechtlichen Befehl, d. h. ist das unsittliche Rechtsgeschäft notwendig rechtsnichtig? Es soll bei dieser Fragestellung nicht der Tatsache geachtet werden, daß die Anschauung über das, was unsittlich ist, im Laufe der Zeiten sich ändert, vielmehr soll rein formal gefragt werden, ob das Unsittliche als solches Gegenstand eines Rechtsbefehls sein kann, falls die Rechtsordnung allgemein eine vernichtende positive Vorschrift nicht besitzt. Dies ist allerdings geleugnet worden und die Sittlichkeit damit zur höheren Richterin über das geltende Recht angerufen worden. Nun ist nicht zu leugnen, daß zwischen Recht und Sittlichkeit Beziehungen bestehen, derart, daß die Gebote der Sittlichkeit den Idealkodex bilden, an dem sich die positiven Rechtsordnungen bei ihrer Entstehung orientieren sollten, in dem jedes positive Recht mit einem Ausdruck Stammlers (z. B. in der Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft, S. 45) Zwangsversuch zum richtigen Recht bildet, dies aber ein ethisch bestimmtes soziales Wollen darstellt. Demnach ist gerade hierbei (und gerade Stammler tut es mit höchster Energie) scharf die Grenze zwischen einer Vorschrift des geltenden Rechts und der ihr gegenüber auftauchenden, letzten Endes an der Sittlichkeit orientierten Forderung einer bestimmten

---

[1] Siehe Fischer Anm. 6 zu § 134.

Regelung, wie sie sein sollte, zu ziehen. Das geltende Recht läßt sich eben nicht inhaltlich, sondern nur formal durch die Eigenart seines Geltungsanspruches definieren, eine inhaltliche Korrektur selbst einer offenbar unsittlichen Bestimmung durch eine höhere sittliche Ordnung ist daher mangels einer diesbezüglichen Vorschrift des positiven Rechts unstatthaft. Daher war ein positiver Satz, wie derjenige des § 138 BGB. nötig, um der Sittlichkeit die Möglichkeit eines Eingreifens in unser positives Recht zu ermöglichen.[1]

III. Die verbotene Leistung. Durch Anordnung eines Rechtsgeschäfts zu einer rechtlich verbotenen Leistung würde das Recht sich selbst negieren, ein solches Rechtsgeschäft muß daher formal nichtig sein. Eine Korrektur des Geschäftes nach der Seite der Gültigkeit hin durch eine höhere Instanz ist natürlich gegenüber dem geltenden Recht unstatthaft.[2] Nun ist aber der Satz, daß Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig sind, welcher formal selbstverständlich erscheint, gleichwohl im § 134 BGB. ausdrücklich ausgesprochen und kennt sogar Ausnahmen. Dies erklärt sich folgendermaßen: Das Recht kennt Grade der Verbotenheit von bloßer Mißbilligung bis zu schärfster Bekämpfung, mit verschiedener Wirkung, darunter auch solche, die die Gültigkeit

---

[1] Dafür, daß ein solches Rechtsgeschäft von einem geltenden Recht durchaus nicht als schlechthin nichtig behandelt zu werden braucht, siehe die Übung des englischen Rechts, der Schirrmeister in dem Kommentar zum Bürgerlichen Recht Englands, Berlin 1910, folgenden Ausdruck verleiht: § 95: Kein Rechtsgeschäft, das die Vornahme einer ungesetzlichen (illegal) oder unmoralischen Handlung zum Gegenstand hat oder das als dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufend angesehen wird, wird von den Gerichten als klagbar behandelt. Aber wenn die Parteien nicht die Absicht hatten, das Recht zu verletzen und das Rechtsgeschäft in erlaubter Weise ausgeführt werden kann, so kann daraus geklagt werden, selbst wenn es ursprünglich die Vornahme von Handlungen zum Gegenstande hatte, die, ohne daß es den Parteien bekannt war, ungesetzlich waren.

[2] Für das „Gewissensforum" macht Lehmkuhl, Bürgerl. Recht S. 43 den Vorbehalt, daß das betreffende Rechtsgeschäft nur dann als nichtig zu gelten habe, wenn das gesetzliche Verbot das Geschäft zu einem wahrhaft, d. h. naturrechtlich unerlaubten gemacht habe.

des Geschäfts unberührt lassen.[1] Das Problem der verbotenen Leistung entsteht natürlich nur bei Verboten derjenigen Rechtsordnung, welche dem Geschäft seine Sanktion erteilen soll, Verbote einer anderen Rechtsordnung begründen einer inländischen Pflicht zur Leistung gegenüber, mit genügender Strenge durchgeführt, nur eine derartige Erschwerung der Leistung, daß sie der unmöglichen Leistung gleichzusetzen ist.[2] [3]

IV. Unmöglichkeit der Erfüllung. Die Behauptung der Unmöglichkeit eines gewissen Inhalts eines Rechtsgeschäfts gibt ein Urteil darüber ab, daß der rechtsgeschäftliche Erfolg nicht eintreten wird, weil er nicht eintreten kann. Dieses Urteil aber, daß er nicht eintreten kann, ist durch objektive und zwar spezialwissenschaftliche — keineswegs nur naturwissenschaftliche — Gesichtspunkte bestimmt.[4] Für möglich kann z. B. bezüglich eines natürlichen Geschehens nur

[1] So ist z. B. ein Verkauf entgegen den Vorschriften über die Sonntagsruhe durchaus nicht nichtig. Das englische Recht stellt es hierbei auf Unterscheidung ab von Verboten, die lediglich in fiskalischem Interesse erfolgt sind, und solchen aus anderen Gründen. Rechtsgeschäfte über Leistungen, die ersteren zuwiderlaufen, sind gültig, letztere nichtig, s. auch Fischer-Henle Anm. 5 zu § 134.

[2] Diesem Gedanken gibt Schirrmeister in § 296 Ausdruck, welcher lautet: Eine rechtliche Unmöglichkeit, die auf den Vorschriften eines anderen Rechts als des englischen beruht, wird als tatsächliche Unmöglichkeit angesehen.

[3] Im übrigen beweist gerade das englische Recht, daß man sehr wohl auch dem verbotenen Geschäfte selbst bei prinzipieller Nichtigkeit der Hauptverpflichtung Wirkungen in Gestalt einer Schadensersatzverpflichtung und zwar auf das positive Interesse verleihen kann, denn es erkennt völlige Nichtigkeit des Vertrags nur in dem Fall an, daß beiden Parteien die rechtliche Unmöglichkeit = Verbotenheit bekannt ist. So hat es beispielsweise der Schadensersatzklage einer Frau gegen einen verheirateten Mann wegen Bruchs eines ihr gegebenen Eheversprechens stattgegeben, trotzdem dieser Vertrag von vornherein über eine verbotene Leistung (Bigamie) abgeschlossen war, weil sie von der Ehe des Mannes keine Kenntnis hatte. Schirrmeister Anm. zu § 95.

[4] Die Fassung Rabels (Festschr. S. 25 ff.) in seiner Vergleichung des antiken und modernen Möglichkeitsurteils, daß möglich sei, „was wir nicht zu leugnen berechtigt sind nach dem Maß unsrer subjektiven Gewißheit" wird dieser objektiven Bestimmtheit des Urteils nicht gerecht.

behauptet werden, was mit den Erfahrungsbedingungen in Übereinstimmung steht, für unmöglich, was ihnen zuwiderläuft, d. h. aber dieses Urteil bestimmt sich durch Berücksichtigung der allgemeinen Naturgesetze und der bisher bekannten Tatsachen. Daß z. B. ein totes Pferd nicht als lebendes wird geliefert werden können, daß ein einzelner Mensch nicht eine Last von vielen Zentnern wird heben können, besagt, daß unsere Kenntnis der Naturgesetze und alle bekannten Tatsachen der Annahme der Möglichkeit einer solchen Erfüllung widerstreiten. Die Aufrechnung mit einer untergegangenen Forderung, die Kündigung an einen bereits ausgezogenen Mieter wieder werden deshalb ihren gewollten Erfolg — Tilgung der Gegenforderung, Beendigung des Mietsverhältnisses — nicht erreichen, weil das Recht nur der Aufrechnung mit einer bestehenden Forderung und der Kündigung an einen Mieter bestimmte Wirkungen verleiht, wir also rechtswissenschaftlich schließen müssen, daß ein bestimmter Erfolg eines solchen Rechtsgeschäfts nicht eintreten wird, weil er nicht eintreten kann. Ist jedoch diese Feststellung, daß der typische rechtsgeschäftliche Erfolg nicht eintreten wird, gleichbedeutend mit einer notwendigen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts?

Eine dahingehende Behauptung könnte auf doppelte Weise begründet werden:

1. Dieser schon bei seiner Entstehung zum Scheitern verurteilte Wille stellt überhaupt keinen solchen dar. Man stellt ihn dann neben den widerspruchsvollen Willen, den Beweis seiner Nichtigkeit in das Gebiet der Logik verweisend. Aber der Unterschied beider Kategorien ist schlagend. Dort, im Gebiete der logischen Unmöglichkeit, weil sich selbst aufhebend, überhaupt kein Wille, hier ein solcher auf klare Ziele gerichtet und nur mit der Notwendigkeit einer Nichterreichung dieser Ziele behaftet. Sein Gegensatz zu den Gesetzen der Spezialwissenschaften aber vermag den Willen, als in einer ganz anderen Sphäre — der des Wollens im Gegensatz zu der des Geschehens — liegend, nicht in seiner Existenz anzutasten.[1]

[1] Eine durchaus andere Frage ist es, inwieweit die Unmöglichkeit der Erfüllung einen Rückschluß auf den rechtsgeschäftlichen Willen gestattet, sei

2. Es kann unter Zugebung der Existenz eines Willens als Inhalts des Rechtsgeschäfts der gewollte Erfolg derart als Lebensnerv und einziger Inhalt des Rechtsgeschäfts aufgefaßt werden, daß von hier aus bei Feststehen einer notwendigen Nichterreichung dieses Erfolges das Rechtsgeschäft zu völliger Bedeutungslosigkeit, Nichtigkeit herabsinken muß. Diese Auffassung wird dem Begriff des Inhalts eines Rechtsgeschäfts nicht gerecht.

Das Recht verleiht im Rechtsgeschäft nicht nur dem rechtsgeschäftlichen Willen durch seine Sanktion rechtliche Bedeutung, sondern es verknüpft mit ihm eine Anzahl anderer eigenartiger Rechte und Pflichten als weiteren Inhalt des Rechtsgeschäfts. Betrachtet man z. B. die Obligation, so erschöpft sie sich keineswegs in dem durch den Willen der Parteien begründeten Leistungsanspruch, vielmehr stellt sie die Fälle rechtlicher Beziehungen dar, die anläßlich eines Vertragsschlusses zwischen den Parteien entstehen, also die Befugnis zur Aufrechnung ebenso wie die zur Stundung, Tilgung durch Empfangnahme der Leistung, besonders aber auch entspringt ihr der Schadenersatzanspruch bei Hinfälligkeit des Leistungsanspruchs. Gerade ein solcher Schadenersatzanspruch aber ist der beste Beweis dafür, wie das Rechtsgeschäft wohl trotz Wegfalls des gewollten Erfolges bestehen kann. Wenn aber eingewendet wird,[1] daß diese geschilderten Bezugnisse ebenso wie der Schadenersatzanspruch durch Gesetz verliehen wären, weil das Rechtsgeschäft eben mit Unerreichbarkeit seines Erfolges in sich zusammen-

---

es, daß man für eine bei Abschluß des Vertrages vorhandene Unmöglichkeit der Ansicht ist, daß die Parteien ohne Irrtum kaum einen solchen Vertrag geschlossen hätten, sei es, daß man sich gegenüber der nachfolgenden Unmöglichkeit auf eine clausula rebus sic stantibus berufen möchte, die der Unmöglichkeit gegenüber ein Beharren der Parteien bei ihrem ersten rechtsgeschäftlichen Willen zum mindesten als unwahrscheinlich annimmt. Es wäre eine durchaus mögliche Regelung, wenn ein Gesetzbuch die ursprüngliche Unmöglichkeit auf dem Wege des Irrtums zu rechtlicher Erheblichkeit gelangen ließe. Für das BGB. ist dieser Weg angesichts der Fassung des § 119 II (Eigenschaft) ungangbar.

[1] von Eckstein im ArchBürgRecht Bd. 37 S. 345.

sinken müsse, so liegt dem die unrichtige Vorstellung zugrunde, als ob der Willensinhalt eines Rechtsgeschäfts und so auch der Leistungsanspruch der Obligation seine verbindliche Kraft aus etwas anderem als dem Recht verkörpert im Gesetz entnähme. Die Möglichkeit des Erfolges kann aber nicht zum Begriff des Rechtsgeschäfts gehören, wenn dieses selbst in sich die Fähigkeiten birgt, trotz Fortfalls des Erfolges weiterzubestehen. In der Frage aber, inwieweit das Recht dem Rechtsgeschäft diese Fähigkeit eines Fortbestehens (besonders durch Festsetzung eines Schadenersatzanspruches) verleihen will, ist es frei, und diese Frage positiver Rechtsgestaltung ist nach ihren eigenen, den Verkehrsbedürfnissen entnommenen Grundsätzen zu beantworten. Wie diese Frage beantwortet worden ist, und ob im einzelnen Falle gerade diese Antwort richtig war, wird die Betrachtung positiver Rechtsordnungen zeigen. Daß die Frage aber überhaupt eine solche praktische Zweckmäßigkeitserwägung ist, dürfte jedenfalls die rechtsphilosophische Betrachtung erwiesen haben.

C. Die Unmöglichkeit in ihrer Einwirkung auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften im positiven Recht.

Die Einwirkung auf Verträge im allgemeinen.

§ 3.

Unter den juristischen Tatbeständen, für welche die Kategorie der Unmöglichkeit besondere Bedeutung erlangt hat, sind an erster Stelle die Verträge zu nennen. Hier kommt nach positiver Rechtssatzung der Unmöglichkeit eine verschiedene Wirkung zu, je nachdem sie bei Eingehung des Vertrages bereits vorhanden war oder die Erfüllung eines bereits bestehenden Vertrages durch sie vereitelt wird. Daß beide Fälle hinsichtlich der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts rechtsphilosophisch völlig gleichartig sind, geht daraus hervor, daß für beide der notwendige Fortfall des Erfolges nach den obigen Betrachtungen keineswegs die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts bedingt. Gleichwohl sind sie gerade hinsichtlich der Gültigkeit verschieden ausgestaltet.

Betreffs der nachfolgenden Unmöglichkeit bestimmt § 275:

„Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.“

Für den Fall verschuldeter Unmöglichkeit ist also Schadenersatz und zwar positives Interesse zu leisten. Der Schadenersatzanspruch ist aber, wie oben ausgeführt wurde, stets als ein aus dem gültigen Vertrage entspringender Anspruch aufzufassen, es kann also, insofern solcher zugebilligt wird, nicht die Rede davon sein, daß der Vertrag durch den Eintritt der Unmöglichkeit nichtig, hinfällig wird. Wichtig wird diese Überlegung für den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit. Die Leistungspflicht ist anscheinend hinfällig geworden, eine Schadenersatzverbindlichkeit besteht nicht, der Vertrag scheint also aller Wirkung beraubt.[1] Daß der Grund nicht in der Unmöglichkeit zu suchen ist, beweist der Umstand, daß die Wirkung der Unmöglichkeit in jedem Fall dieselbe sein müßte, bei verschuldeter Unmöglichkeit aber eine solche Vernichtung des Vertrages nicht eintritt. Die mangelnde Vertretungspflicht also ist es, nicht die Unmöglichkeit, die den Schuldner in diesem Falle von Leistung und Schadenersatzpflicht befreit. Im übrigen wird man auch in diesem Falle den Vertrag nicht für völlig vernichtet ansehen, ihm vielmehr gewisse obligatorische Verpflichtungen, so z. B. eine Mitteilungspflicht des befreiten Kontrahenten hinsichtlich der Unmöglichkeit auferlegen.

---

[1] So sagt denn Schirrmeister in seinem Kommentar des englischen Bürgerl. Rechts S. 186 ff.: Die Vorschriften dieses Titels bestimmen, unter welchen Umständen der Vertrag nichtig wird, wenn die Leistung einer Partei unmöglich wird. Sie beschränken sich also nicht darauf zu bestimmen, unter welchen Umständen die Partei, deren Leistung unmöglich wird, von ihrer Verpflichtung frei wird, sondern, indem sie Nichtigkeit des ganzen Vertrages eintreten lassen, treffen sie damit auch darüber Bestimmungen, ob bei gegenseitigen Verträgen der andere Teil von seiner Verpflichtung zur Bewirkung der Gegenleistung frei wird oder nicht. Denn wenn der Vertrag nichtig wird, kann natürlich auch Gegenleistung nicht verlangt werden. Diese Betrachtungsweise verkennt jedenfalls, daß die Obligation sich nicht in Leistungs- und Schadenersatzpflicht erschöpft.

(So auch Fischer-Henle Anm. 1 zu § 275; Titze S. 100 ff.) Daß aber der Vertrag auch nach Eintritt der Unmöglichkeit der Wirksamkeit nicht entbehrt, läßt sich nicht nur konstruktiv deduzieren, sondern vielmehr unmittelbar aus dem Gesetz herleiten. § 281 legt dem Schuldner die Pflicht auf, den Ersatz oder Ersatzanspruch, den er infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand erlangt hat, dem Gläubiger herauszugeben, bezw. abzutreten, ohne zwischen verschuldeter und unverschuldeter Unmöglichkeit zu unterscheiden. Woher stammt diese Verpflichtung? Sie entsteht erst nach dem Eintritt der Unmöglichkeit, ihr Rechtsgrund kann nur der Vertrag sein, dieser also durch den Eintritt der Unmöglichkeit nicht vernichtet worden sein. Diese Verpflichtung kann man denn wohl auch als ein schwächeres Surrogat des Schadenersatzanspruches auffassen (s. Staudinger Anm. 4 zu § 281). Die Leistungspflicht bei gegenseitigen Verträgen regelt entsprechend § 323.

Hat also die Unmöglichkeit prinzipiell zwar keinen Einfluß auf das gültige Fortbestehen des ganzen Vertrags, so ist es fraglich, inwieweit ihr ein Einfluß auf die Leistungspflicht zuzuschreiben ist. Diese Frage ist angesichts der Zubilligung von Schadenersatz nicht etwa nur von theoretischem Interesse. Kurz präzisiert ist das Problem folgendes: Die Möglichkeit einer Verurteilung zur ursprünglichen, jetzt unmöglichen Leistung ist praktisch unbedingt erforderlich, da aber der Prozeß nur der Durchführung materieller Ansprüche dient, müßte entsprechend ein solcher Anspruch auf Naturalerfüllung vorhanden sein, oder, da es sich im Gebiet des Rechts ja nicht um natürliche körperliche Gegenstände handelt, sich konstruieren lassen. Die Möglichkeit einer Verurteilung zur unmöglichen Leistung ist, wie gesagt, für den Gläubiger von höchstem Interesse. (Zum folgenden vgl. Fischer, Unmöglichk. S. 70 ff.) Stellt sich nämlich innerhalb des Prozesses heraus, daß die Leistung durch Verschulden unmöglich geworden ist, so müßte der Kläger, um kostenpflichtige Klageabweisung zu vermeiden, seinen Antrag in einen solchen in Schadenersatz umändern. Dies ist nach doppelter Seite mißlich. Erstens wird es ihm oft nicht sofort möglich sein, seinen Schaden-

ersatzanspruch zu substantiieren, außerdem verliert er mit dem auf Geldentschädigung gerichteten Urteil endgültig den Erfüllungsanspruch. Da nun aber möglicherweise bis zum Zeitpunkte der Vollstreckung die bisherigen Hindernisse — vielleicht auch durch eine angesichts des Urteils erhöhte Anstrengung des Schuldners — fortfallen können, so ist ein solches Urteil für den Gläubiger, besonders wenn die Unmöglichkeit noch nicht mit absoluter Sicherheit feststeht, außerordentlich ungünstig und unbrauchbar. Es wird dem Gläubiger in solchen Fällen gerade daran liegen, alle prozessualen Hilfs- und Zwangsmittel zu erschöpfen, insbesondere auch dem Schuldner den Offenbarungseid aufzuerlegen, durch den Gerichtsvollzieher feststellen zu lassen, ob die zu leistende Sache beim Schuldner tatsächlich nicht zu ermitteln. (So Kisch, Unmöglichk. S. 122 f.) Das auf die unmögliche Leistung gerichtete Urteil ist also für den Gläubiger außerordentlich wichtig. Unterstellen wir nun, daß sich aus der Lehre vom Urteil Bedenken gegen ein solches Urteil auf eine unmögliche Leistung nicht herleiten lassen, so muß diesem Urteil angesichts der Struktur des Prozesses ein materieller Anspruch entsprechen. Andererseits kann dieser Anspruch nicht der einzige sein, der diesem Vertrage entspring. Denn natürlich muß es dem Gläubiger unbenommen bleiben, auch von vornherein alsbald auf Schadenersatz zu klagen, oder seinen ursprünglichen Antrag dahingehend abzuändern. Es müßten also der ursprüngliche Anspruch und der Anspruch auf Schadenersatz nebeneinander bestehen. Nun darf man sich nicht ohne weiteres durch Bilder, wie etwa das der Rechtsverwandlung, Bilder, die eben nur den Wert der Anschaulichmachung geistiger Vorgänge haben, davon abhalten lassen, ein solches Nebeneinanderbestehen der Ansprüche anzunehmen. Aber ebenso wie ein auf Schadenersatz lautendes Urteil die Naturalerfüllung ausschließt, so muß auch der diesem Urteil zugrunde liegende Anspruch den an sich trotz der Unmöglichkeit wohl möglichen Leistungsanspruch vollkommen ersetzen und zwar wird dieser Schadenersatzanspruch aus dem Vertrage durch die verschuldete Unmöglichkeit ausgelöst, während der Leistungsanspruch zurücktritt. Wenn trotzdem der Prozeß nicht mit dem

ganzen Beweis der Unmöglichkeit belastet werden soll, sondern, falls auch nur Zweifel an der Unmöglichkeit bestehen — allerdings nur in diesem Falle — zur Leistung verurteilt werden soll, so ist dies nur so zu erklären, daß die Unmöglichkeit in diesem Falle eben doch nicht für erwiesen erachtet wird, der Beweis derselben aber keineswegs abgeschnitten, vielmehr der Instanz, die mit den realen Dingen selbst, nicht nur mit Ansprüchen bezüglich der Dinge zu tun hat, nämlich der Zwangsvollstreckung, vorbehalten bleiben soll. Daß diese Lösung theoretisch nicht ganz rein aufgeht, dürfte ebenso sicher sein wie ihre praktische Brauchbarkeit (s. RG. Bd. 54 S. 32 ff.).

Die ursprüngliche Unmöglichkeit.

Bezüglich der ursprünglichen Unmöglichkeit statuiert das BGB. prinzipiell eine schroffe Nichtigkeit des Vertrages. Rechtsphilosophisch ist dies, wie gezeigt wurde, nicht zu rechtfertigen. Es wird sich alsbald zeigen, daß diese Nichtigkeit auch praktisch unerwünschte Folgen zeitigt, die freilich zum Teil durch Ausnahmen abgeschwächt sind. Daß der radikale Satz des § 309 in das BGB. eingegangen ist, erklärt sich außer aus einer unrichtigen rechtsphilosophischen Anschauung hauptsächlich aus der imponierenden Kraft, mit der die Formel impossibilium nulla obligatio den Standpunkt des wenigstens den ersten Entwurf beherrschenden römischen Rechts zu kennzeichnen schien. Dieser Formel gegenüber wurden fruchtbare Keime einer befriedigenden Regelung durch andere Rechte, ja vor allem auch durch das richtig verstandene römische Recht selbst nicht genügend gewürdigt. Der Aufsuchung und Entwicklung dieser Ansätze soll eine historische Betrachtung der Entwicklung der Lehre von der ursprünglichen Unmöglichkeit dienen. Daß die in ihnen zutage getretene Anschauung trotz des prinzipiell ablehnenden Standpunktes auch für das BGB. ihre Bedeutung hat, werden die bewußten und unbewußten Ausnahmen des BGB. von der Regel des § 306 beweisen.

I. Das römische Recht.

§ 4.

1. Die Stipulationslehre.

Impossibilium nulla obligatio est, so lautet der in l. 185 D. 50, 17 als feste Rechtsregel angeführte Celsinische Satz. Die Unmöglichkeit tritt uns hier schon in einer Geschlossenheit des Begriffs entgegen, die sie als Abschluß einer längeren Entwicklung kennzeichnet. Über den Ursprung dieser Regel hat Rabel umfassende Untersuchungen angestellt. Ein naives Rechtsbewußtsein setzt mit Spekulationen über die Unmöglichkeit naturgemäß bei der Verpflichtung zur Hingabe einer Sache ein, um festzustellen, daß eine Sache, die hingegeben werden soll, auch wirklich vorhanden, in rerum natura sein müsse. Als Ausnahme erscheint bald der Kauf künftiger Sachen emtio rei speratae, während der Hoffnungskauf emtio spei, bei dem nicht eigentlich eine Sache als vielmehr eine Chance gekauft wird, als solche nicht bezeichnet werden kann. Die allgemeine Forderung des Vorhandenseins der den Obligationsgegenstand bildenden Sache in rerum natura wird in zwei Fällen nicht erfüllt:

1. von Gegenständen, die nach unserer Erfahrung überhaupt nicht existieren (so der hippocentaurus),
2. von solchen, die wohl existiert haben, aber durch Vernichtung e rerum natura ausgeschieden sind (so die untergegangene Sache).

Man hat diese Fälle als absolute und relative Unmöglichkeit geschieden, da im ersten Fall schon in der Natur der Leistung, im zweiten Fall nur in den Umständen des besonderen Falls die Unmöglichkeit begründet sei.[1]

Eine zweite Stufe der Entwicklung bezeichnet die neben die physische Unmöglichkeit tretende Kategorie einer juristischen Unmög-

[1] Dieser Unterschied ist mehrfach, z. B. von Biermann, als unbrauchbar verworfen worden, und wirklich stehen diese Fälle hinsichtlich der Leistungspflicht einander gleich. Welche große Bedeutung aber der Unterschied hinsichtlich der Begründung einer Schadenersatzverpflichtung haben kann, wird die spätere Betrachtung erweisen.

lichkeit. Diese Unmöglichkeit ist mit der Verbotenheit nicht identisch. Paulus definiert als rechtlich unmöglich l. 91 § 1 D. 45, 1: Sed si quidem res in rebus humanis, sed dari non potest, ut fundus religiosus puta. Die Lieferung dieser Dinge ist nicht nur rechtlich verboten, sondern, da diese Dinge für den privaten Rechtsverkehr überhaupt nicht vorhanden sind, als rechtswirksame Erfüllung einer Obligation unmöglich. Als weitere Gegenstände dieser Kategorie sind zu nennen: res sacra, religiosa, publico usui destinata, fundus hostium und nach ius strictum der liber homo. Ein Schritt nach vorwärts in der Ausbildung des Begriffs war es, als die Stipulation auf facere unter den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit gezogen wurde. Hierzu war die Erweiterung der bisherigen Vorstellung nötig. Eine Handlung ist in der Welt der Körper nicht zu finden. Dieser Fall wurde also zunächst demjenigen der Stipulation auf dare analog nebengeordnet. So sagt Paulus ad Sabinum l. 38 pr. D. 45, 1: Si stipulor ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest. Und erst Celsus geht über diese beiden Fälle hinaus zu der Kategorie der Unmöglichkeit, indem er l. 185, § 1 D. 50, 17 es ausspricht: Quae natura rerum prohibentur, nulla lege confirmata sunt. Als tauglicher Leistungsinhalt sind damit die Leistungen abgelehnt, die unmöglich sind. Rerum natura ist nicht mehr die körperliche Welt, sie wird nun zu der höheren, uns unbekannten Gesetzlichkeit des Geschehens, erhaben über menschliche Berechnung.

Zu einer juristischen Verfeinerung der Lehre durch eine nähere Analyse der Unmöglichkeit in ihren Schattierungen, z. B. zu dem Gedanken, daß die res sacra wieder profan, die res publicae wieder privat werden können und darum eine nuanciertere Regelung erfordern, sollen die Römer auf Grund philosophischer Spekulationen nicht gekommen sein. Diese sollen der Grund für den Radikalismus sein, mit dem alle späteren Veränderungen als nicht in Betracht kommend abgelehnt werden, sie der Grund für die schroffe For-

mulierung impossibilium nulla obligatio. Den antiken Philosophen, denen auf Grund metaphysischer und ontologischer Spekulationen Denken und Sein in inniger Wechselbeziehung stand, derart, daß das Denken das Abbild des Seins ist, mußte der Gedanke naheliegen, die Unmöglichkeit gleich einer Eigenschaft in die Dinge selbst zu versenken, das Urteil über das Ding also zur Eigenschaft des Dings zu machen, sie in ihm enthalten zu sehen, etwa gleich einer Entelechie. Es ist klar, daß sie auf Grund solcher Überlegung zu dem Schluß kommen mußten: da diesem Objekt (Sache oder Handlung) als solchem die Unmöglichkeit, es zu leisten, gleichsam anhaftet als eine Eigenschaft, so kann die Leistung nicht einmal als möglich, einmal als unmöglich angesehen werden, sie bleibt sich gleich als unmögliches Leistungsobjekt. Die Beispiele, die herangezogen werden, lassen, da Veränderungen bei ihnen ausgeschlossen sind, Zweifel nicht aufkommen: hippocentaurus, homo mortuus. Andererseits ist auch die Möglichkeit eine gleichermaßen in das Ding versenkte Eigenschaft; wenn also eine bestimmte Sache existiert, so muß es auch möglich sein, sie zu leisten; alle Gründe, die einer Leistung entgegenstehen, begründen nur eine difficultas dandi, eine Schwierigkeit der Leistung, denn man kann in solchen Fällen doch nicht sagen: Dari non potest. Die Person des Schuldners wird naturgemäß hierbei ganz aus dem Obligationsinhalt eleminiert.

Ein Vergleich mit unserem Unmöglichkeitsurteil, wie es oben entwickelt wurde, zeigt deutlich die verschiedenen juristischen Konsequenzen. Wir teilen nicht die Anschauung von der Unmöglichkeit als einer notwendig dauernden — weil in die Sache hinein versenkten — Erscheinung, denn es handelt sich um ein Urteil, und wir wissen z. B., daß unser Unmöglichkeitsurteil bei res publico usui destinatae als hemmende Bedingungen nur das durch Menschen aufhebbare Menschengesetz erkennt. Es liegt, solange dieses nicht aufgehoben ist, sehr wohl eine wahre Unmöglichkeit vor,[1]

[1] Nicht ist es so aufzufassen, als ob durch das spätere Möglichwerden sich das erste Urteil als falsch herausstellt. Freilich auch dies kann der Fall

aber da es ein leicht zu beseitigender Fall der Unmöglichkeit ist, kann das Gesetz auf ihn Rücksicht nehmen, ist die Starrheit des impossibilium nulla obligatio hier für unangebracht. Die juristische Nichtigkeit ist eine einheitliche und gleichermaßen überall durchgreifende Kategorie; indem ihr Unmöglichkeitsfälle verschiedener Schwere untergeordnet werden, ist es natürlich, daß die Nuancen derselben dabei verloren gehen. Für die römische Stipulationslehre ist dieser Standpunkt jedenfalls als Endpunkt der Entwicklung festzustellen: die Stipulation einer unmöglichen Leistung ist schlechthin und dauernd nichtig; selbst wenn die res sacra profan wird, so bleibt die Stipulation dennoch unwirksam, „inutilis", diese Sachen sind nun einmal natura sui dominio nostro exempta (l. 3 D. 19, 2).

Der Kauf.

§ 5.

Mit dem immer stärker in das römische Recht eindringenden Gedanken der bona fides ändert sich in den unter ihre Herrschaft gelangten Geschäften auch bezüglich der Unmöglichkeit das Bild. Wir sehen im Kaufrecht trotz Unmöglichkeit der Leistung eine Anzahl gültiger, d. h. gewährschaftsbegründender Geschäfte, die Gewährschaft allerdings aufgefaßt nicht als eine Pflicht zur Leistung des unmöglichen Objektes, sondern von vornherein zum Ausdruck gelangend in dem Ersatzanspruch und um seinetwillen das Geschäft aufrecht erhaltend.

I. Die dem Verkehr entzogenen Sachen sollen aus didaktischen Gründen hierbei vor den nichtexistenten Sachen behandelt werden. Es liegt hinsichtlich der Leistungspflicht zu einer solchen Sache wahre Unmöglichkeit vor, eine res sacra, religiosa, publico usui

---

sein, doch sind auseinanderzuhalten erstens der Fall, daß unser Urteil nur auf Grund mangelhafter Kenntnis der Spezialgesetzlichkeit zur Bejahung der Unmöglichkeit kam, zweitens der Fall, daß wirkliche Unmöglichkeit vorlag, diese aber, weil durch aufhebbare Bedingungen bewirkt, nachträglich fortfällt. Das psychologische Urteil ist nur zu geneigt, auch in diesem zweiten Falle ein von vornherein vorhandenes Irregehen der subjektiven Gewißheit zu sehen.

destinata zu leisten, ist nicht nur verboten, sondern schlechthin unmöglich, weil sie den Privatrechtsverhältnissen entrückt, gar nicht in das Privateigentum übergehen kann. Es müßte der Satz, i. n. o. also auch insofern gelten, als die Nichtigkeit des Vertrages einen Ersatzanspruch des getäuschten Käufers ausschließen müßte. Aber nach den von der bona fides beherrschten res der emtio venditio war ein Vertrag über einen liber homo, der nach dem unter der Herrschaft des ius strictum stehenden Stipulationsrecht unmöglich war, gültig. So sagt Pomponius l. 4 D. 18, 1:

> Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest emptio intellegitur si ab ignorante emitur,

und Licinius Rufus l. 7 eod.:

> Liberi hominis emtionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat, quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret, quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur.

Zwar besteht auch hier keine Verpflichtung zu der unmöglichen Leistung, aber die Gültigkeit des Vertrages beruht auf der Zubilligung positiven Interesses. Einem Menschen kann man nicht ansehen, ob er frei oder Sklave ist, wo, wie in Rom, Freie und Sklaven derselben Rasse angehörten. Halten wir dies zusammen mit dem Quellenausspruch l. 13, D. 40, 13, welcher besagt, daß die anscheinend sehr verbreitete Unsitte freier Leute sich als Sklaven verkaufen zu lassen mit schweren Strafen (Verweigerung der proclomatio in libertatem) bekämpft werden mußte, so ergibt sich erstens: der Käufer durfte nicht auf den von einer culpa abhängigen negativen Interesse-Anspruch bei Nichtigkeit des Geschäfts beschränkt sein, weil der Sklavenhändler angesichts der eben geschilderten Unsitte möglicherweise selbst der Betrogene war, zweitens: der Käufer mußte geschützt werden und zwar mußte er sich darauf verlassen können, daß der Mensch, der ihm als Sklave auf dem Sklavenmarkt entgegengebracht wurde, auch wirklich Sklave sei.

Unbestritten ist allerdings die Gültigkeit des Kaufes eines liber homo nicht. l. 4 D. 40, 13 besagt z. B. das Gegenteil:

in libero autem homine neque veditio consistit.

So erklärte auch Jhering (Jahrb. Bd. 4, S. 63 ff.) prinzipiell die actio aus dem Kauf eines liber homo als auf das negative Interesse gerichtet.

In der Gültigkeitserklärung von Käufer über r. e. c. weitergehend, ist die, allerdings durch die (nicht sichere) Einführung des Elements der Täuschung zweifelhafte Quellenstelle

loca sacra vel religiosa vel publica (ut forum, basilicam) frustra quis sciens emit, quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non haberi ei liceat et consequetur quod sua interest deceptum non esse. Idem iuris est si liberum hominem pro servo emit.

Die Stelle ist, wie gesagt, nicht ganz klar. Die Worte: quod sua interest deceptum non esse lassen fast an das sogenannte negative Vertragsinteresse denken.[1] Andererseits machen die Worte: quod non haberi ei liceat, die typischen Worte der Gewähr-

[1] Auch konnte eine Eviktion zur Begründung der Haftung nicht stattfinden, da ein habere nicht möglich war. So leitet denn Rabel, Haftung des Verkäufers S. 106 Anm. 3, die Klage aus dem decipi ab, sagt aber schon in der Zeitschr. f. Schweiz. R. Bd. 27 S. 304: „Der Jurist mochte das negative Interesse im Auge haben, was wir freilich niemals sicher wissen werden. Bezüglich des Ausdruckes decipi weist Mommsen (Unmöglichk. S. 122) freilich zunächst darauf hin, daß er in den Quellen häufig gebraucht wird, um ein Getäuschtsein zu bezeichnen, ohne dabei eine auf Täuschung gerichtete Absicht eines anderen irgendwie vorauszusetzen, z. B. l. 44 D. 4, 4, l. 20 D. 39, 3. Immerhin gesteht er zu, daß man Zweifel hegen kann. Später (Über die Haftung des Kontrahenten bei der Ausschließung von Schuldvertr. (S. 37) haben sich diese so verstärkt, daß er diesen Fall nunmehr als den Fall eines nichtigen Vertrags ansieht, der nur um des vorliegenden dolus willen negatives Vertragsinteresse begründet. Demgegenüber weist aber Leonhard (Zeitschr. f. HR. Bd. 23 S. 284 ff.) darauf hin, daß decipi nicht eben wirklich Täuschung zu bedeuten brauche, als vielmehr die Tatsache der Enttäuschung des Käufers.

schaftspflicht, besonders aber die Gleichstellung mit dem liber homo, betreffs dessen die Gültigkeit des Kaufs bereits erwähnt wurde, die Gültigkeit auch dieses Kontrakts wahrscheinlich. Fälle, wie den Verkauf des Forums oder der Basilika hat man allerdings wohl nie für gültig erklärt. Die Höhe des Schadenersatzes aber wird in den gewöhnlichen Fällen (da diese völlig törichten und im Preis unbestimmbaren Gegenstände, wie forum, basilica ausscheiden) nicht schwer zu berechnen sein. Es ist der Preis, den die Sache haben würde, wenn sie im Verkehr stände.

Auch hier fehlen allerdings nicht Stellen, die das Gegenteil besagen. So sagt z. B. Modestin in l. 62, § 1 D. 40, 13:

> qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experitur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur.

Also Nichtigkeit des Kaufes, hier ganz offenbar nur unter Zubilligung der (allerdings ex empto genannten) Klage auf das negative Interesse. Eine Art Übergang durch Gewährung einer actio in factum stellt l. 8, § 1 D. 11, 7 dar, in welcher Ulpian ausführt:

> si locus religiosus pro puro venisse vicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et inheredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

II. Im Recht des Kaufs nicht existenter Gegenstände finden wir zunächst prinzipielle Entscheidungen, wie l. 8 pr. D. 18. 1:

> nec emptio nec venditio sine re quae veneat poest intelligi

oder l. 57 pr. D. 18. 1.

Aber dem entgegen treten andere, welche wie l. 21 pr. D. 19, 1 den Kauf eines Kindes einer unfruchtbaren oder über die Konzeptionsfähigkeit hinaus alten Sklavin für gültig erachten, wie l. 9 D. 18. 4, in welcher beim Kauf einer nicht existierenden Erbschaft dem Käufer das volle Erfüllungsinteresse zugebilligt wird. Freilich ergeben die Quellen bezüglich des Erbschaftskaufes kein ganz klares Bild. In

der Literatur wird er teilweise auf eine Stufe mit dem für gültig erklärten Kauf von nichtexistenten Forderungen und Rechte gestellt, andere leugnen diese Gleichstellung, indem sie sich erstens auf die Quellen zur Begründung der Nichtigkeit eines solchen Vertrages berufen, zweitens aber eine ratio der Gleichstellung nicht zu sehen vermögen. Nichtigkeit mit negativem Interesse und Gültigkeit mit positivem Interesse stehen sich wieder als Möglichkeiten gegenüber.[1]

Die einschlägigen Quellenstellen lauten: l. 7 D. 18. 4:

cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio, nec enim alea emitur ut in venatione et similibus sed res, quae si non est non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

l. 8:

Quod si nulla hereditas ad venditorem pertineat quantum emptore praestare debuit, ita distingui opportebit ut si est quidem aliqua hereditas sed ad venditorem non pertineat ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat. Et si quid in eam rem impensum sit emptor a venditore consequatur.

l. 9:

Et si quid emptoris intersit.

Hiernach setzt die erste Stelle zweifellos Nichtigkeit des Vertrages mit Kondiktion des Kaufpreises fest, die zweite billigt dem Käufer einer nicht existierenden Erbschaft die Impensen, d. h. das negative Vertragsinteresse zu, die dritte aber deutet offenbar darauf hin, daß nunmehr in diesem Fall auch das positive Interesse zu leisten sei: drei Stufen der Entwicklung, in welchen immer schärfer der Schutz des Käufers zum Ausdruck gelangt, wobei übrigens das Eviktionsprinzip nicht Platz greift.[2] Dieser Schutz des Käufers

[1] Daß sich das positive Interesse hier meist mit dem negativen decken wird, bei Unmöglichkeit einer Abschätzung der erfundenen Gegenstände, ist sicher (so auch Leonhard a.a.O. S. 296), soll aber nicht von der prinzipiellen Fragestellung abhalten.

[2] Vielmehr heredem se esse praestare auf Einstehen für die objektive Nichtigkeit hinweist. Näheres Rabel, Haftung S. 128.

ist aber berechtigt. Seine ratio soll mit derjenigen des mit ihm auf einer Stufe stehenden, nunmehr zu behandelnden Kaufs von Forderungen und Rechten einheitlich behandelt werden.

Unter die Fälle der Gültigkeit eines Vertrages trotz Nichtexistenz des Vertragsgegenstandes gehört auch der Kauf über eine nichtexistente Forderung oder ein nichtexistentes Recht.[1] Für diesen Fall stellt der Jurist den Satz auf: l. 4. D. 18, 4, 5:

> Si nomen distractum sit Celsus libro 9 D. scribit, locupletorem esse debitorem non habere praestare, debitorem autem esse praestare.

Und Paulus libro trigesimo tertio ad edictum:

> Et quidem sine exceptione quoque nisi in contrarium actum sit, sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur debitor, si incertae et nihil debeat quanti intersit emptoris

und l. 74 § 3 D. 21, 2:

> qui nomen, quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit et dolum praestare cogitur.

Die Worte „debitorem autem esse praestare et quidem sine exceptione quoque“ und „nomen, ut sit praestare cogitur“ setzen die Haftung des Käufers fest, sowohl, wenn die Forderung durch eine exceptio entkräftet, als auch, wenn sie aus irgendeinem Grunde nichtig oder überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist. Diese Haftung des Käufers auf das positive Interesse bedeutet Gültigkeit des Vertrages. Doch ist die Folgerung, die hier aus den Quellen gezogen wurde, nicht unbestritten.[2] Schliemann faßt die angezogenen Stellen l. 4 u. 5 D. 18, 4 nicht einheitlich auf, er bezieht den Satz: sed si certae summae debitor dictus sit in eam summam tenetur debitor usw. nicht auch auf den Fall der Nichtexistenz der Forderung, wie er in l. 4 behandelt ist,

---

[1] Daß hier ein Fall wahrer Unmöglichkeit vorliegt, dafür s. den Beweis bei Besprechung des § 427 BGB.

[2] Schliemann, Haftung des Zendenten S. 64. Seuffert, Pand.-Recht § 300 Anm. 5.

sondern er will diesen Satz nur auf den in l. 5 erwähnten Fall, der Entkräftung der Forderung durch eine Einrede bezogen wissen. Diese Zerreißung der Stellen ist jedoch nicht angebracht. Schon der Wortlaut der Stelle: „si incertae et nihil debeat“ deutet auf Gleichstellung des Verkäufers der durch eine Einrede entkräfteten und der nichtexistierenden Forderung hinsichtlich der Gültigkeit des Kaufes. Besonders verlangt aber das Verkehrsbedürfnis so dringend die volle Haftung des Verkäufers auch bei nichtexistenten Forderungen und Rechten, daß der praktische römische Juristengeist diesem Bedürfnis wohl Rechnung getragen haben dürfte. Der Grund des Verkehrsbedürfnisses soll im Zusammenhang mit den anderen Fällen eines trotz Unmöglichkeit der Leistung gültigen Kaufes dargestellt werden.[1]

Zusammenfassung der Ergebnisse des römischen Rechts.

§ 6.

Soll aus all den verschiedenartigen Fällen, in welchen das römische Recht die Regel des I. p. n. o. durchbricht, um den Vertrag für gültig und positives Interesse auslösend zu erklären, ein Prinzip herausgelesen werden, so ist von der Frage auszugehen: Ist diesen Fällen irgend etwas gemeinsam, was die Zubilligung positiven Interesses als höchst wünschenswert, ja fast als notwendig erscheinen läßt? Wir haben zur Beantwortung dieser Frage die innere ratio der Schadenersatzzubilligung in den einzelnen Fällen zu prüfen und zu vergleichen.

Bezüglich der res extra commercium gibt uns das römische Recht anläßlich des Verkaufs eines liber homo selbst kurz und bündig den Grund an: quia difficile dignosci potest der Käufer

---

[1] Das Schlagwort „rechtspolitisch“, das Schweizer a.a.O. S. 21 als Erklärung der Gültigkeit anführt, sagt als Erklärung irgendeiner rechtlichen Erscheinung gar nichts, da der Grund jeder rechtlichen Vorschrift ein rechtspolitischer, d. h. durch Zweckmäßigkeitsvorschriften bestimmter sein soll. Es gilt nur den Grund gerade der Zweckmäßigkeit, gerade dieser Regelung aufzuweisen.

der auf den Sklavenmarkt kommt, kann dem einzelnen Menschen nicht ansehen, ob er ein Freier oder ein Sklave ist, denn dies ist eine verborgene Eigenschaft, die typische Erscheinung aber ist jedenfalls die, daß auf dem Sklavenmarkt Sklaven ausgeboten werden. Die Ausstellung auf dem Sklavenmarkt begründet also jedenfalls den Schein, daß der Betreffende Sklave sei, begründet also für den Käufer den Schein, daß eine Erfüllung des Kaufgeschäfts möglich sein wird. Dieser Schein der Erfüllung ist aber fast allen res extra commercium eigen[1]. Einer Schale, einem Trinkgefäß, einem beliebigen Bauplatz kann man nicht ansehen, ob er sakralen Zwecken dient oder nicht, ob er infolgedessen vom Verkehr ausgenommen ist oder nicht. Der typische Fall im Leben ist jedenfalls die Verkehrsfreiheit der Gegenstände, so daß man wohl sagen kann, daß fast jedes Ding des gewöhnlichen Verkehrs den Schein der Verkehrsfreiheit, damit also auch für Käufer und Verkäufer den Schein einer Erfüllung des über die Sache geschlossenen Kaufvertrages für sich hat. Natürlich gibt es Ausnahmen, Fälle, in welchen dieser Schein der Verkehrsfreiheit durch das Ding selbst widerlegt wird, es sind die bereits erwähnten Falle eines Verkaufs des Forums, der Basilika. Diese Orte freilich muß jeder als res publico usui destinatae kennen, und wenn er trotzdem glaubt, über sie einen gültigen Kaufvertrag geschlossen zu haben, so verdient er Rechtsschutz durch Schadenersatzzubilligung trotzdem nicht, weil seinem Irrtum über die Eigenschaft des Kaufgegenstandes ganz das objektive Moment der Entschuldbarkeit gegründet auf einen äußeren Schein fehlt, er den Schaden vielmehr nur seiner eigenen Torheit zuzuschreiben hat. Abgesehen von solchen Fällen wird aber fast jeder r. e. c. gegenüber dieselbe Schwierigkeit der Erkenntnis ihres wahren Wesens bestehen, wie bei den Sklaven auf dem Sklavenmarkte und in beiden Fällen fordert dieselbe ratio infolgedessen das positive Erfüllungsinteresse

[1] Diesem Gedanken gibt auch Bechmann (Bd. 2 S. 439) Ausdruck wenn er sagt: die r. e. c. haben kein rechtliches Dasein, sie haben aber andererseits ein natürliches Dasein, so daß sie wenigstens den Schein einer Erfüllung zulassen.

von demjenigen, welcher, indem er die Sache zum Verkauf ausbot, den Schein der Erfüllung begründete.[1]

Der Gedanke des Scheins der Erfüllung kann aber noch weiter verwendet und für den Nachweis der Notwendigkeit positiven Interesses nützlich gemacht werden. Diese Möglichkeit eröffnet sich gegenüber nicht existenten Gegenständen durch Fruchtbarmachung des Gegensatzes von absoluter und relativer Unmöglichkeit. Absolute Unmöglichkeit soll vorliegen, wenn der zu leistende Gegenstand nach Maßgabe unserer Erfahrung überhaupt nicht real zu existieren pflegt, relative Unmöglichkeit, wenn die Unmöglichkeit nur durch die Umstände des einzelnen Falles verursacht ist, also z. B. bei Untergang der Sache oder erst künftiger Entstehung derselben. Vergleichen wir diese Fälle hinsichtlich des Scheins ihrer Erfüllbarkeit mit den r. e. c. Dort der Typus: Verkehrsfreiheit der Gegenstände; die nicht durch bestimmte Kriterien erkennbare Abweichung des einzelnen Falls vom Typus schadet dem unwissenden Käufer nicht. Hier der Typus: Existenz von real im allgemeinen existierenden Gegenständen auch im einzelnen Falle, ihr gegenüber stellt die Besonderheit des einzelnen Falls eine Abweichung von dem Typus dar, die dem Gegenkontrahenten als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist, so daß der Typus ihm gegenüber den Schein der Erfüllbarkeit begründet, wenn diese Sache ihm als Gegenstand eines Geschäfts entgegengebracht wird. Als Ansatz zu diesem Gedanken begegnete uns der, die eben entwickelte Situation allerdings nicht ganz deckend, Kauf des partus der ancilla sterilis. Ein weibliches Wesen im mittleren Alter ist im allgemeinen gebärfähig, hat also den Schein der Fruchtbarkeit, der entgegengesetzte Fall ist eine Abweichung vom Typus als solche aber äußerlich nicht sichtbar und es liegt daher sehr nahe den Kauf für gültig zu erklären. Allerdings wird diese Haftung ex empto wieder vielfach als Haftung für das negative Interesse angesehen, doch

[1] So hat Hartmann (Obligation S. 170, 180) den Gedanken dahin formuliert, daß er den Verkauf von r. e. c. in denjenigen Fällen als gültig ansah, in denen eine ähnliche Schwierigkeit der richtigen Erkenntnis obwaltete, wie bei dem als Sklaven verkauften Freien.

wird der Gedanke einer durchaus nicht notwendigen culpa das positive Interesse als das wahrscheinlichere erscheinen lassen.[1]

Im Gegensatz hierzu und paralellaufend dem forum oder der Basilika als Gegenständen von Verträgen treten uns die Fälle absoluter Unmöglichkeit entgegen. Der Hippozentaurus, die Seeschlange sind unserer Erfahrung nach nicht real existierende Gegenstände; werden sie zum Gegenstande eines Vertrages gemacht, so wird ein Schein der Erfüllbarkeit dieses Vertrages nicht begründet und derjenige, der auf die Gültigkeit vertraut, hat den Schaden wieder nur seiner Torheit zuzuschreiben, die ihn an eine Erfüllung glauben ließ, obwohl auch nicht ein Schein für ihre Möglichkeit sprach.[2]

Eine praktische Verwertung dieses Unterschiedes von relativer und absoluter Unmöglichkeit für die Ausgestaltung der Schadenersatzpflicht bei nicht existenten Sachen zeigt uns das römische Recht in größerem Umfange jedenfalls noch nicht. Der Gedanke der Schutzbedürftigkeit desjenigen, der einem Schein vertraut, die Schadenersatzverpflichtung dessen, der ihn hervorruft, zeigt sich aber deutlich an einer anderen Stelle. Gehen wir nämlich von den res, quae in natura consistunt zu denjenigen über, quae in jure consistunt, so ergeben sich wieder ganz parallele Erscheinungen. Sachen, so war ausgeführt worden, die im realen Leben zu existieren pflegen, haben

---

[1] So auch Rabel, Festschrift S. 30.

[2] Mommsen hat dies klar erkannt. Er stellt es (Anm. S. 137) auf die Entschuldbarkeit des Irrtums des Käufers ab im Anschluß an den Satz l. 15 § 1 D. 18, 1: ignoranti emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit und sagt: In dem Fall einer absoluten Unmöglichkeit wird der Irrtum nicht gleich entschuldbar sein, z. B. bei einem Hippozentaurus, aber auch bei relativer Unmöglichkeit wird er häufig keine Berücksichtigung finden können, wie wenn jemand den Marktplatz einer Stadt kauft. Der letztere Gedanke ist an sich richtig, nur darf man nicht, wie Mommsen es tut, relative und juristische Unmöglichkeit gleichsetzen. Die juristische Unmöglichkeit steht gleichbedeutend neben der physischen, sie hat als solche ihre Schattierungen wie diese. So kann man auch bei ihr von absoluter und relativer Unmöglichkeit sprechen, je nach dem die Leistung als Verkehrsobjekt absurd erscheint oder nicht. Als Beispiel der ersteren Art ist forum oder basilica zu nennen.

auch für den einzelnen Fall den Schein ihres Vorhandenseins, die Obligation, deren Gegenstand sie bilden, damit den Schein der Erfüllbarkeit für sich. Entsprechend hier: Gegenstände, die im Rechtsleben enthalten, von ihm anerkannt sind, haben auch im einzelnen Falle den Schein ihrer Existenz, die Obligation den der Erfüllbarkeit für sich, solche Gegenstände sind Forderungen und Rechte, die dem Rechtsleben bekannt sind. Ihnen stehen wieder absolut unmögliche Forderungen und absolut unmögliche Rechte gegenüber. Erstere werden sich weniger denken lassen (obwohl auch eine Forderung als gänzlich unwahrscheinlich, lächerlich, absolut unmöglich erscheinen kann), wichtiger ist dieser Gedanke der Unterscheidung von absoluter und relativer Unmöglichkeit bei Rechten. Rechte, wie sie im Rechtsleben überhaupt nicht vorkommen (sei es, daß sie wie z. B. das Stockwerkeigentum einem anderen Recht bekannt waren), die im Rechtsleben nicht enthalten sind, ebenso wie Sachen überhaupt nicht in rerum natura, begründen nicht den Schein ihrer Existenz im einzelnen Fall, sie erscheinen als absolut unmöglich und ein Vertrag über sie kann getrost für nichtig erachtet werden. Im übrigen hat jede Forderung, jedes Recht, welches im Rechtsleben vorkommen kann, den gleichmäßigen Schein seiner Existenz im einzelnen Fall und damit seiner Leistungsmöglichkeit für sich. Daß man aber die Schutzbedürftigkeit bei Forderungen und Rechten so zeitig erkannt hat, liegt daran, daß hier auch für den einzelnen Fall jeder spezielle Anhaltspunkt für die Existenz fehlt und man nur auf diesen allgemeinen Schein angewiesen ist. Denn wie will man wissen, ob eine irgendwie geartete Forderung, das Band zwischen zwei Personen, wie, ob ein Recht, verknüpft gerade nur mit dieser einen Person einmal vorhanden war, ob es noch besteht, wie es besteht[1].[2], (ob nicht mit rechtlichen Mängeln behaftet). Der Käufer kann sich hier nur auf die Zusicherung des Verkäufers verlassen, auf sie muß er

---

[1] Bechmann (Bd. 2 S. 438) weist mit Recht darauf hin, daß Erkundigungen beim Schuldner teils untunlich, teils unzuverlässig sind.

[2] Die nähere Ausführung der in diesem Zusammenhange nur angedeuteten Gedanken s. bei Besprechung des § 437 BGB.

sich verlassen dürfen. Darum braucht der Verkehr angesichts der Unkontrolierbarkeit der res incorporales und des Vorhandenseins des Scheins einer Existenz bei jeder normalen Forderung, jedem normalen Recht hier unbedingt die Haftung des Verkäufers.

Erst jetzt soll eine Betrachtung der ratio der unbedingten Haftung des Erbschaftsverkäufers Platz finden. In langsamer Entwicklung, so sahen wir, ist das römische Recht zu dem Gedanken vorgedrungen, daß dem Käufer auch das positive Interesse zu ersetzen sei, in immer steigendem Umfange hat es damit die Schutzbedürftigkeit des Käufers anerkannt. Und mit Recht, da die ratio der Schadenersatzzubilligung hier ganz die gleiche ist, wie bei dem Verkauf von Forderungen und Rechten. Bechmann hat eine Gleichstellung der beiden Kaufgeschäfte abgelehnt im Hinblick darauf, daß man sich von dem Vorhandensein einer Erbschaft überzeugen könne, im Gegensatz zu denjenigen einer Forderung und eines Rechtes. Aber wie will man irgendwelchen Gegenständen, die der Verkäufer als Erbschaftsgegenstände ausgibt, ansehen, ob sie mit seinem Erbrecht behaftet sind, oder nicht. Jeder Gegenstand kann wie Vermögensgegenstand so auch Nachlaßgegenstand sein. Es besteht also nur wieder nur ein ganz allgemeiner Schein bei jedem Gegenstande, daß er auch Nachlaßgegenstand sei, und daß die über ihn geschlossene Obligation damit zur Erfüllung führen werde. Da aber der Käufer sich auch hier wieder, wie gezeigt wurde, nur auf die Zusicherung des Verkäufers verlassen kann, fordert die gleiche ratio auch hier wie bei dem Forderungskaufe die unbedingte Haftung des Verkäufers.[1]

[1] Daß die Schutzbedürftigkeit des Käufers gerade bei dem Erbschaftskauf, einem heutzutage verhältnismäßig seltenen Geschäfte in Rom so zeitig erkannt wurde, beruht wohl auf lokalrömischen Gründen. Die maßlose Erbschaftsschleicherei der Kaiserzeit hatte es mit sich gebracht, daß einerseits auf der Verkäuferseite nicht gerade die besten Elemente beteiligt waren; eine culpa aber derselben brauchte — und dieser Gedanke erst rechtfertigt die unbedingte Haftung des Verkäufers — nicht vorzuliegen. Die geschilderte Unsitte hatte es mit sich gebracht, daß viele Existenzen sich unter der Vorspiegelung, die Betreffenden zu Erben einsetzen zu wollen, von diesen ein gutes Leben bereiten ließen, daß aber im Zeitpunkt ihres Todes die Erbschaft, welche der

Derselbe Rechtsgedanke war es, der die bisher behandelten Ausnahmen von der Regel I. n. o. zusammenhielt — weitere Ausnahmen bezüglich nicht existenter Sachen werden als Bestätigung des gefundenen Prinzips folgen — der Gedanke der Schutzbedürftigkeit desjenigen, der an eine bestimmte Rechtslage — hier die Erfüllbarkeit der Obligation — zu glauben berechtigt ist, weil der Schein dieser Rechtslage besteht. Damit aber mündet der hier aus Spezialbeispielen herausentwickelte Gedanke in einen großen allgemeinen Rechtsgedanken ein. (S. Fischer, Sein und Schein im Rechtsleben.)

Das Gebiet des römischen Vertragsrechts unter dem Gesichtspunkt der Umöglichkeit ist immerhin ein buntes. Mommsen wollte, indem er die Stipulationslehre allein zum Ausgang nahm, diese Doppelheit der Anschauung nicht gelten lassen. Er schlug, wie Rabel[1] sagt, die Quellenstellen über einen Leisten. Wir werden gerade aus den Verkehrsgeschäften par excellence den bonae fidei Kontrakten die fruchtbaren Gedanken zu verwerten haben.

Das germanische Recht.

§ 7.

Das germanische Recht mit seiner dem römischen Recht gegenüber relativ geringeren theoretischen Durcharbeitung der obligationenrechtlichen Grundbegriffe hat denn auch der Unmöglichkeit als einer auf die Obligation vernichtend wirkenden Kategorie nicht grundsätzlich Beachtung geschenkt. Es fehlt infolgedessen insbesondere eine Regelung desjenigen Gebiets, welches den eigentlichen Sitz der rein spekulativen Erörterung über das Verhältnis von Obligation und Unmöglichkeit bildet, die ursprüngliche Unmöglichkeit.[2] Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit aber wird es im nordgermanischen Obligationenrecht auf das Verschulden abgestellt,

---

vermeintliche Erbe natürlich sofort verkaufte und welche aus Bergwerken in Syrien, Frachtschiffen auf hoher See usw. bestehen sollte nicht vorhanden war.

[1] Rabel, Festschrift S. 23.

[2] So sagt z. B. Amira, Nordgerm. Oblig.Recht, nur kurz: Einen Kauf über freie Leute gibt es nicht (S. 352).

welches viele Grade kennt und dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein teilweise präsumiert wird. „Es läßt sich infolgedessen nicht im allgemeinen sagen, daß wegen jeder verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung, ja nicht einmal, daß wegen jeder arglistig vom Schuldner verursachten Unmöglichkeit Ersatz, noch weniger aber, daß wegen jeder unverschuldeten Unmöglichkeit kein Ersatz zu geben sei, wenn man nämlich unter Verschulden Arglist genau das versteht, was wir damit zu bezeichnen gewohnt sind.[1]“ Immerhin geht aus der Begründung einer Schadenersatzverbindlichkeit hervor, daß von einer obligationsvernichtenden Kraft der Unmöglichkeit nicht die Rede sein kann. Ja, einige Stellen können sogar zu der Anschauung verleiten, daß in diesem nordgermanischen Recht mit erstaunlicher Schärfe die Obligation als Verpflichtung, die in ihrem Bestande von der Welt der Tatsachen, also auch speziell der Unmöglichkeit unabhängig ist, erkannt ist. So bei folgender Stelle:

> Legt man Pfennige zu einem anderen Mann oder andere Sachen, was dieses auch ist, was man zur Verwahrung einsetzt, dann soll ihm das nämliche ausantworten derjenige, welcher es angenommen hat. Wird gestohlen oder verbrannt oder wird gewaltsam genommen das Gut beider zusammen, mögen auch beide den Schaden haben. Ist nicht dies, dann schaffe er das nämliche heraus, was er zur Verwahrung hatte.

Dieser Satz stellt also eine fortbestehende Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe trotz offenbarer Unmöglichkeit der Herausgabe auf. Und diese Anschauung kann noch durch einen Blick auf den Prozeß unterstützt werden, wenn Westmannalagan I B 17 gesagt wird, daß dem Hinterleger das Seinige zurückgeurteilt wird, selbst nachdem es bei dem Depositar verbrannt ist, das germanische Recht hier also offenbar ein bewußtes Urteil auf eine unmögliche Leistung kennt. Doch es ist hier darauf hinzuweisen, daß für das germanische Recht das Verhältnis von Hauptleistung und Ersatz

---

[1] Amira S. 433 ff.

ein anderes war als heute. Auf dem Unterschied von Schuld und Haftung aufgebaut, trat für das germanische Recht der Ersatz von vornherein nicht hinter die ursprüngliche Schuld, sondern vielmehr bezüglich jedes gerichtlichen oder außergerichtlichen Zwanges an die Stelle desselben, eine Auffassung, wie ihr z. B. das Rechtssprichwort: „den Bürgen muß man würgen“ beredten Ausdruck verleiht. So finden sich auch im nordgermanischen Obligationenrecht mannigfache Rechtssprichwörter, „wodurch die Ersatzleistung nicht sowohl als Leisten des Ersatzes als vielmehr des Ersetzten hingestellt wird.[1]“ Die Leistung des Ersatzes aber, in einer Geldleistung bestehend, ist als Leistung einer Gattungssache nie unmöglich, so daß bei einem Urteil auf Herausgabe einer verbrannten Sache zwar formell auf Leistung des untergegangenen Schuldgegenstandes aber vertreten durch sein Ersatzmittel geurteilt wird, also auf eine mögliche Leistung.[1]

Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis in ihrem Einfluß auf das gemeine deutsche Recht.

§ 8.

I. In der Epoche des gemeinen Rechts gehen die unter naturrechtlichem Einfluß stehenden Kodifikationen und die im Banne des römischen Rechts stehende Doktrin auch hinsichtlich der Unmöglichkeitslehre verschiedene Wege. Die meisten Pandektisten entfalten gerade die römische Stipulationslehre zu voller Blüte und geben damit der Unmöglichkeitslehre eine verkehrsfremde Starrheit, ohne darauf zu achten, daß schon das römische Recht diese starren Formen überwunden hatte. Typisch hierfür ist besonders das Werk von Mommsen über die Unmöglichkeit und Iherings Aufsatz über die culpa in contrahendo. Andererseits vertreten allerdings Savigny[2], Dernburg[3], Leonhard[4] die Gültigkeit des Vertrages auch bei ursprünglicher Unmöglichkeit.

[1] Amira S. 460.

[2] Obligationenrecht Bd. 2 S. 290.

[3] Pandekten II § 16 a 13.

[4] Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 26 S. 294 ff.

Der Ertrag der rein naturrechtlichen Lehrbücher ist gering, deshalb schon, weil sie nur allgemeine Lehren aufstellten und nicht in der Kasuistik der einzelnen Verträge sich zu Ausnahmen, wie denjenigen der bonae fidei-Kontrakte veranlaßt sahen. Sagt doch Hufeland[1] unter der Überschrift: „Was gehört nicht in die Lehren des Naturrechts, von den Verträgen“: Die meisten Folgen für einzelne Gattungen der Verträge sind nicht notwendige, sondern willkürliche Bestimmungen, folglich ist die Einteilung der Verträge in Klassen nicht im Naturrecht brauchbar. Betreffs der Unmöglichkeit lesen wir etwa bei Hufeland § 276: „Man kann über alles Verträge schließen, was erstens nicht unmöglich, zweitens nicht verboten ist“ und in § 285: „wenn über etwas, wozu Menschen sich nicht verbinden können, ein Vertrag geschlossen wird, so ist dieser Vertrag durchaus nichtig.“ Die einzige Anwendung, die er von dem Begriff der Unmöglichkeit gibt, ist zwar kulturhistorisch interessant, juristisch aber ziemlich bedeutungslos: „Zu den unmöglichen Dingen gehört, wenn sich jemand verpflichtet, etwas für wahr zu halten. Dies hängt nicht von seinem Willen ab, und kann er dazu nicht gezwungen werden.“ Bedeutsamer sind für uns zwei andere Äußerungen naturrechtlicher Autoren. Einmal sagt Hugo:[2] „Der Inhalt eines gültigen Versprechens darf nichts an sich Unmögliches seyen, ist aber etwas dieser Art versprochen, so wäre doch Entschädigung denkbar.“[3] Der andere Satz findet sich bei Schmalz:[4] „Wenn der Gegenstand der versprochenen Leistung oder Gegenleistung physisch (es soll dies wohl kaum im Gegensatz zu „juristisch“ gesagt sein) unmöglich ist, so ist der Vertrag ungültig, es sey denn, daß jemand sie wirklich für

---

[1] Hufeland, Naturrecht § 326.

[2] Hugo, Naturrecht § 339.

[3] Schmalz, Das reine Naturrecht.

[4] Er bringt auch ein wirklich praktisches Beispiel in Anm. 1: Auch die Handlung eines Dritten läßt sich als etwas für den Versprechenden Unmögliches ansehen, sobald dieser nicht will. Es ist fraglich, ob er in diesem Fall ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit annimmt.

möglich hielt, als in welchem Falle ein Irrtum da ist." Die wertvollere Erkenntnis ist jedenfalls bei Hugo, er trennt Verpflichtung und Vertrag, erstere ist ungültig, letzterer kann unter Begründung einer Ersatzpflicht (und zwar wie die Formulierung seines Satzes beweist, auch bei ursprünglicher Unmöglichkeit) gültig sein. Daß in unserer Lehre aber auch der Irrtum eine bedeutende Rolle spielt, dürfte sicher sein, da bei einem Vertrage über eine ursprünglich unmögliche Leistung die Parteien sich wohl meist in einem Irrtum betreffs der Möglichkeit befinden werden.[1]

Die Kodifikation am Ende des 18. Jahrhunderts.

§ 9.

Ergebnisreicher ist ein Blick auf die Kodifikationen unter naturrechtlichem Einfluß, das allgemeine Landrecht, das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die österreichischen Staaten, und den Code civil. Es finden sich, wie Rabel[2] eindringlich ausgeführt hat, in allen, besonders im ABGB. fruchtbare Gedanken. Allerdings besteht eine Gefahr für den Beurteiler einerseits, eine Schwierigkeit der Polemik gegen Gegner andererseits. Weder allgemeines Landrecht, noch ABGB. haben die scharfe Scheidung von positivem und negativem Interesse, wie unser BGB. sie kennt, es ist also aus der Interessezubilligung nicht ein absolut sicherer Schluß auf Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages zu ziehen. Nur zu leicht ist derjenige, der das positive Interesse für das einzig geeignete hält, bereit, dieses herauszulesen, während andere dieselbe Stelle als Beweis eines nichtigen Vertrages mit Zubilligung nur negativen Interesses auffassen. Immerhin muß versucht werden, auf Grundgedanken der Regel aufbauend, das relativ richtigere Resultat zu begründen. In der Lehre von der ursprünglichen Unmöglichkeit werden allerdings positives und negatives Interesse oft zusammenfallen.

---

[1] So auch Endemann, Bürgerl. Recht Bd. I S. 400.

[2] Rabel in der Festschrift zum 100jährigen Bestehen des ABGB. Bd. 2.

Das preußische allgemeine Landrecht.

I. Die Terminologie. Die Diskussion über die nähere Regelung, die das allgemeine Landrecht der Lehre von der ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit angedeihen läßt, ist vielfach ungünstig beeinflußt worden durch eine Verkennung der dem allgemeinen Landrecht eigentümlichen Terminologie. Die Ausdrücke „absolut" und „bedingt" unmöglich sind vielfach mißverstanden worden. Sie sind nicht gleichbedeutend mit „objektiv" (Gegensatz subjektive Unmöglichkeit gleich Unvermögen) und „zeitweilig" (Gegensatz dauernde Unmöglichkeit), sondern in dem prägnanten Sinne von absoluter und relativer Unmöglichkeit zu verstehen, in welchem er oben erörtert worden ist. Natürlich: nur eine bedingte Unmöglichkeit kann eine zeitweilige sein. Das Möglichwerden einer absolut unmöglichen Leistung müssen wir vom jeweiligen Standpunkte unserer wissenschaftlichen Erkenntnis aus als undenkbar ablehnen, so z. B. das Geisterbeschwören, aber der Begriff der bedingten Unmöglichkeit ist der weitere. Dieser in der gemeinrechtlichen Doktrin gemachte, aber nicht verwertete Unterschied von absoluter und relativer Unmöglichkeit ist auch in das Naturrecht übergegangen (so z. B. Christian Wolff, jus naturae Bd. 3 S. 634 ff.). Dernburg[1] hebt ihn als dem allgemeinen Landrecht zugrundeliegend hervor.

II. Das Prinzip des ALR. ist in §§ 51, 52, I, 5 ausgesprochen und lautet:

> § 51: Verträge, wodurch jemand zu absolut unmöglichen Handlungen oder Leistungen sich verpflichtet, sind nichtig,

und

> § 52: gleiche Bewandtnis hat es mit der bedingten (hypothetischen) Unmöglichkeit, wenn sie zur Zeit des geschlossenen Vertrages beiden Teilen bekannt oder beiden unbekannt war.

III. Diese starren Sätze haben jedoch in weiteren Vorschriften, in denen der Unterschied von absoluter und relativer Unmöglich-

---

[1] Dernburg, Lehrb. d. pr. Privatr. Bd. 2 S. 553 ff.

keit fruchtbar gemacht worden ist, den größten Teil ihrer Schärfe verloren.

1. Unmögliche Handlungen. Da bei relativer Unmöglichkeit im Unterschied zur absoluten ein Möglichwerden nicht ausgeschlossen erscheint, so zieht das ALR. an dieser Stelle eine von dem strengen römischen Stipulationsrecht durchaus abgelehnte Folgerung in § 57 h. t., daß nämlich, falls die bei Schließung des Vertrages obwaltende bedingte Unmöglichkeit der Handlung bis zu der zur Erfüllung bestimmten Zeit gehoben ist, die Obligation bestehen soll. Natürlich hat es diesem Satz nicht an romanistisch beeinflußten Gegnern gefehlt, so hält z. B. Koch ihn als den logischen Grundlagen der Unmöglichkeit widersprechend, andererseits nicht unter die Grundsätze der Schwierigkeit passend.[1] Diese Erfüllungswirkung der rechtzeitig erbrachten, wieder möglichen Leistung heilt die eine Wunde, die eine starre Nichtigkeit der Unmöglichkeitsmaterie zufügen kann und zufügt. Andererseits wird auch die Interessepflicht befriedigend geregelt. Denn es ergibt sich weiterhin Gültigkeit des Vertrages mit Verpflichtung zu voller Interesseleistung, falls die bedingte Unmöglichkeit demjenigen, der sich zur Leistung verpflichtete, bekannt war.[2][3]

2. Von einem richtig verstandenen Begriff der bedingten Unmöglichkeit aus ist fast ganz entsprechend die Regelung der §§ 59 ff. I, 11 in Bezug auf untergegangene Sachen, dem gewöhnlichen Fall ursprüng-

[1] Dernburg antwortet mit Hinblick auf die praktische Bedeutung des Erfüllungszeitpunkts, vermag aber damit den § 57 nur als Ausnahme hinzustellen, nicht aber harmonisch einzufügen.

[2] So Dernburg, a.a. O. S. 34 3. Aufl. Förster-Eccius, Lehrb. S. 438 Anm. 16, dagegen Bornemann, Lehrb. Bd. 2 S. 234; Dernburg, 2. Aufl. S. 54.

[3] Man beachte: Nicht auch bei absoluter Unmöglichkeit; obgleich auch hier eine Kenntnis des sich Verpflichtenden bei Unkenntnis des anderen Teils denkbar ist. Weil eben bei absoluter Unmöglichkeit der andere Teil nicht hätte in Unkenntnis sein dürfen, weil für ein Vertrauen auf die Gültigkeit kein Rechtsschein bestand. An einer Möglichkeit der Schadensliquidation würde das volle Interesse auch bei absoluter Unmöglichkeit nicht schon scheitern, da z. B. derjenige, der sich gesund beten lassen will, sehr wohl weiß, wieviel ihm seine Gesundheit wert ist.

licher vernichtender Unmöglichkeit; man muß nur die Verpflichtung zur Leistung solcher Sachen unter den richtigen Begriff der relativen, bedingten Unmöglichkeit bringen. Die Lage des einzelnen Falls, Untergang der Sache, hat hier die Unmöglichkeit bedingt. Alsdann sind die Vorschriften des elften Titels den bisher besprochenen konform.[1] Daß aber in den Fällen absoluter und relativer Unmöglichkeit die Vertragspflichten verschieden bemessen werden, ist nach dem oben über den Rechtsschein Gesagten nur natürlich: Es ist nun einmal nicht wegzuleugnen, daß eine Sache dadurch, daß sie der Körperwelt überhaupt anzugehören vermag und daß sie ihr angehörte, den Rechtsschein ihrer Existenz auch im einzelnen Falle für sich hat und daß deshalb dieser Fall dem Verkehrsleben andere Probleme stellt, als der Vertrag über absolut unmögliche Gegenstände, und deshalb nicht mit diesem über einen Leisten geschlagen werden darf. Betrachtet man die Regelung des elften Titels betreffs untergegangener Sachen, so ergibt sich als Verkäuferpflicht bei Kenntnis des Untergangs der Sache, daß er das volle Interesse zu zahlen hat § 40 h. t. (entsprechend § 53 1. 5), der Vertrag, heißt das, ist gültig.[2] Abweichend ist nur die Regelung der Kenntnis der Unmöglichkeit durch den Käufer bezw. Versprechensempfänger in § 41 1. 11 in Verbindung

---

[1] Schwierigkeiten, die aus einer falschen Auffassung erwachsen sind, macht sich z. B. Hirsemenzel, Erg. z. Allg. Landr. Bd. I S. 142, indem er sagt: „Zu den Verträgen, deren Gegenstand objektiv absolut unmöglich ist, gehören offenbar auch diejenigen, welche das Geben einer individuell bestimmten Sache, die bei der Vertragsschließung bereits untergegangen war, zum Gegenstand haben. Objektiv unmöglich, ist richtig, absolut, falsch. Auf diese Weise kann er dann die Vorschriften des elften Titels mit den des fünften nicht zusammenbringen.

[2] Förster-Eccius, Bd. I S. 438, verwischt die Frage, wenn er zu diesem Paragraphen folgendermaßen schließt: Unbedingt unmöglich ist das Geben einer Sache, die nicht existiert, entweder nicht mehr existiert oder nicht existieren kann. Das Geschäft ist nichtig, nur ein Entschädigungsanspruch erwächst gegen den, der sich zum Geben verpflichtet hat. Nein, bei einer Sache, die nicht existieren kann, ist von einem solchen Entschädigungsanspruch eben gerade nicht die Rede, § 40 spricht ganz korrekt nur von der „nicht mehr“ vorhandenen Sache.

mit § 54, I, 5 wenigstens theoretisch verschieden. Während im zweiten Falle (§ 54 l. 5) das Geleistete als geschenkt betrachtet wird, setzt § 41, I, 11 dies in Ansehung des ganzen noch ausstehenden Kaufpreises fest. Die praktische Bedeutung dieser Verschiedenheit scheitert allerdings an § 1064 l. 11, der aus außergerichtlichem Schenkungsvertrag keine Klage gewährt. Das Problem des wissenden Käufers bezw. Versprechensempfängers ist natürlich nicht entfernt von der Bedeutung, wie dasjenige eines solchen Verkäufers bezw. Versprechenden. Hier ist festzuhalten: Bei bedingt unmöglichem Leistungsinhalt (Handlung oder untergegangene Sache) ist bei Kenntnis des Verkäufers der Vertrag gültig und gewährt Ansprüche auf das positive Interesse.

3. Gehen wir von den physisch nicht existenten zu den rechtlich nicht existenten res extra commercium über, so ist schon aus der Berücksichtigung der Möglichkeit einer Beseitigung selbst bei physischer Unmöglichkeit in § 57, I, 5 zu entnehmen, daß das ALR. einer durch Menschengesetz bewirkten also viel leichter zu behebenden Unmöglichkeit[1] gegenüber einen differenzierten von der grobkörnigen Nichtigkeit absehenden Standpunkt einnehmen wird. Dies ist auch in den §§ 58 bis 67, I, 5 geschehen. Der Vertrag ist von vornherein bedingt gültig, d. h. die Verpflichtung ruht, solange die Unmöglichkeit andauert, sobald sie wegfällt lebt sie auf und eine Leistung hat echte Erfüllungswirkung. Um nun aber einem ungesunden Schwebezustand ein Ende zu machen, muß auf Verlangen einer Vertragspartei von dem Richter eine endgültige Frist für die Erfüllung festgesetzt werden. Diese Regelung ist gesund und dem praktischen Bedürfnis aufs allerbeste entgegenkommend. Der Vertrag zeigt besonders seine Gültigkeit, d. h. das Gebundensein der Parteien an den Vertrag darin, daß aus ihm Pflichten derselben, für die Hebung des Hindernisses zu sorgen, entspringen, § 62 h. t. All diese trefflichen Gedanken, die, obgleich res extra commercium für uns keine Bedeutung mehr haben, zur Behandlung der relativen Unmöglichkeit nützlich gewesen wären, hat

[1] Selbstverständlich kommt auch hier nur die relative juristische Unmöglichkeit in Betracht.

unser Gesetzbuch bei der Regelung der Unmöglichkeitslehre nicht beachtet, insbesondere eine Parteipflicht, auf Beseitigung des Hindernisgrundes hinzuarbeiten, wie sie für eine die Vertragstreue zu halten gewillte Partei nur angemessen ist, ist uns unbekannt.

4. Gültigkeit des Vertrages trotz Nichtexistenz des Kaufobjekts zeigt auch wiederum der Kauf einer Forderung. In § 381, I, 11 anläßlich der Zession behandelt,[1] ist die unbedingte Haftung des Verkäufers für die Richtigkeit der Forderung, also auch bei Nichtexistenz derselben ausgesprochen.

Das österreichische Gesetzbuch.

§ 10.

I. Das Dogma hinsichtlich der Unmöglichkeitslehre findet sich in § 878:

„Über alles, was im Verkehr steht, können Verträge geschlossen werden. Was nicht geleistet werden kann,[2] was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages sein."

„Geradezu unmöglich ist gleichbedeutend mit dem landrechtlichen Ausdruck „absolut unmöglich".

II. In Erkenntnis dieser Terminologie läßt sich alsbald für Verträge über die im öffentlichen Eigentum stehenden Sachen heute ein befriedigendes Resultat gewinnen. Da es res extra commercium nicht mehr gibt, kommen für das heutige Recht bei Verträgen über solche Sachen die Worte: „was geradezu unmöglich ist" in Anwendung. Es gilt dann das oben Gesagte: Die-

---

[1] Diese Stellung bei der Zession deutet übrigens nicht darauf hin, daß sich die Verfasser des Allg. Landr. nicht darüber klar waren, daß die Zession nur Erfüllung eines von ihr verschiedenen zugrunde liegenden obligatorischen Geschäfts sei. Das Allg. Landr. verweist in § 426 I, 11 ausdrücklich hinsichtlich der Streitverkündigung bei Abstreitung der zedierten Forderung auf die Vorschriften über die Gewährleistung beim Kauf, faßt also die Haftung des Zedenten offenbar als Gewährleistung auf. So auch Eisner bei Grünhut Bd. 39 S. 585.

[2] Bedeutet, wie Rabel, Festschr. z. ABGB. wahrscheinlich macht die res extra commercium.

jenigen Geschäfte über öffentliche Sachen, die den Mangel jedes Scheins der Erfüllbarkeit an der Stirn tragen, sind nichtig, andere gültig.

III. Eine prinzipiell außerordentliche wichtige Durchbrechung des im § 878 ausgesprochenen Prinzips bietet das Gewährschaftsrecht beim Kauf. Hier wird der Gedanke der Unterscheidung von absoluter und relativer Unmöglichkeit bis zu Ende durchgeführt. § 923 lautet:

„Wer eine nicht mehr vorhandene Sache veräußert, ... der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften."

Dieser Paragraph, welcher Rechts- und Sachmängel einheitlich behandelt, stellt als Rechtsmangel, der zu vertreten ist, neben den Verkauf einer fremden, also evinzierbaren Sache den Verkauf einer untergegangenen Sache als völlig gleichgeordnet. Der Vertrag ist gültig, dies ist das hier Interessierende. Und da unter Sache, wie schon in § 922, nicht nur die körperliche Sache sondern überhaupt Gegenstände im technischen Sinne unseres BGB. zu verstehen ist, so wird der Kreis der von § 878 betroffenen Nichtigkeit ein sehr kleiner. Es hat allerdings bis heute nicht an Versuchen gefehlt,[1] dieser Vorschrift ihre Bedeutung zu nehmen, indem man ihr gegenüber der klaren Fassung des § 878 jede Wirksamkeit abspricht und sie nur als auf einem Versehen der Redaktoren des Gesetzes beruhend, ansieht. So sagt Eisner:[2] „Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die Veräußerung einer nicht vorhandenen Sache einen Gewährleistungsanspruch nicht begründet, da die Gewährleistungsverbindlichkeit einen gültigen und erfüllten Vertrag zur Voraussetzung hat, während über etwas, was nicht vorhanden ist, ein gültiger Vertrag nicht geschlossen werden kann. § 878." Diese Art der Auslegung berücksichtigt nicht die Möglichkeit, daß die spezielle Vorschrift des § 923 für den Kauf eine Ausnahme gegenüber dem für alle Ver-

---

[1] So Unger, Handel auf fremde Gefahr S. 23 Anm. 55a und bei Grünhut Bd. 38 S. 569 Anm. 9a, neuestens Eisner, Zur Lehre von der Gewährleistung usw., bei Grünhut Bd. 39 S. 603.

[2] Eisner a.a.O. S. 603.

träge geltenden Satz des § 878 darstellen kann. Entscheidend für die Stellungnahme zu § 923, in welchem das Prinzip des § 878 allerdings erheblich durchlöchert ist, ist letzten Endes die Frage, ob seine Vorschrift dem heutigen praktischen Bedürfnis entgegenkommt, mögen auch die damaligen Redaktoren die Divergenz zwischen § 923 und § 878 nicht bemerkt und nur aus Unachtsamkeit diese Vorschrift des § 923 aufgenommen haben. Dieses praktische Bedürfnis ist, wie wohl bereits genügend gezeigt sein dürfte, in der Tat vorhanden und mithin darf § 923 in seinem Wirkungskreis als Ausnahme von § 878 nicht geschmälert werden.[1]

IV. Außer dieser Ausnahme begegnen wir wiederum der Gültigkeit des Forderungskaufes bei nichtexistenter Forderung. Im Rahmen der Lehre von der Zession[2] bestimmt § 1397 die Haftung des Zedenten bei entgeltlicher Zession (also besonders aber nicht notwendigerweise Kauf) für die Richtigkeit auch bei Nichtexistenz derselben.[3]

Code civil.

§ 11.

Das dritte Gesetzbuch der naturrechtlichen Epoche, der Code civil, spricht als allgemeinen Grundsatz Nichtigkeit bei objektiver Unmöglichkeit aus: z. B. Art. 1601

Si au moment de la vente la chose vendue était périe la vente serait nulle.[4] [5]

[1] So auch Stubenrauch, Komm. z. ABGB. Bd. 2 S. 109.

[2] Daß auch die Verfasser des ABGB. sich darüber klar waren, daß die Zession von dem zugrunde liegenden Kaufgeschäftswesen verschieden ist, beweist Eisner a.a.O. S. 585 durch seinen Hinweis auf die diesbezüglichen Bestimmungen des westgalizischen Gesetzbuches, des sogenannten Urentwurfes in § 550.

[3] Darüber, daß auch hier nicht an Leugnern der Gültigkeit des Vertrags gefehlt hat, die den Käufer nur einen Bereicherungsanspruch gegenüber dem Verkäufer zugestehen wollen, siehe Eisner a.a.O. S. 585 ff.

[4] Ganz allgemein sagt Zachariä-Crome S. 432 Bd. 2: Die Leistung darf nicht bei Abschluß des Vertrages zur Zeit, da sie geschehen sollte, objektiv unmöglich sein, sonst ist der Vertrag als nicht geschlossen zu betrachten.

[5] Die französische Literatur, z. B. Demolombe des Contrats Bd. I

Bezüglich künftiger Sachen, deren Leistung also im Augenblick unmöglich ist, sagt Art. 1130 Abs. 1:

Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

Diesem Satz legt Crome[1] die Bedeutung bei, daß ein Vertrag über die Leistung von Sachen nur nichtig sei, falls im Zeitpunkt des Kontraktschlusses die Gewißheit besteht, daß die Leistung zu der angegebenen Zeit, dem Erfüllungszeitpunkt unmöglich sein werde. Ob dieses Resultat, daß also von vornherein den Erfüllungszeitpunkt als Beurteilungszeitpunkt zugrundelegt, dem Willen des Gesetzes entspricht, erscheint fraglich. Les choses futures werden Gegenstand des Vertrages, werden es aber als choses futures, d. h. es entspricht dies dem Standpunkt unseres § 308, 1, der den Vertrag für gültig erklärt, indem die Parteien ausdrücklich von der Möglichkeit einer Behebung der Unmöglichkeit, d. h. z. B. dem Entstehen der verkauften Sache ausgehend, den Vertrag unter dieser Bedingung geschlossen haben.[2] Es würde bei dieser Auslegung folgen, daß auch nach französischem Recht der Vertrag trotz einer schon bei Vertragsschluß bestehenden, aber beiden Parteien unbekannten und darum nicht zur Bedingung gesetzten Möglichkeit künftiger Entstehung nichtig sei, weil er es seiner Unmöglichkeit wegen im Augenblicke des Kontraktschlusses ist. Dies wäre dann das unerfreuliche Resultat des BGB.

Bezüglich der res extra commercium, von denen Art. 1128 sagt:

Il' n'y a que les choses qui sont dans le commerce, quis puissent être l'objet des conventions

---

S. 546, nennt die objektive Unmöglichkeit absolue, verbindet also hiermit nicht den prägnanten Sinn, der ihr hier gegeben wurde.

[1] Grundlehren des französischen Obl.R. S. 39.

[2] Es scheint allerdings überhaupt fraglich, ob man diesen zur Behandlung des Unmöglichkeitsproblems im französischen Recht heranziehen kann. Es braucht sich nämlich gar nicht um einen Vertrag über eine unmögliche Leistung zu handeln, dessen Gültigkeit von der echten Bedingung künftigen Möglichwerdens abhängt, vielmehr wird der Vertrag im Hinblick auf sicheres Möglichwerden für den späteren Erfüllungspunkt von vornherein abgeschlossen. Näheres s. u. zu § 308.

ist ebenfalls zu sagen, daß sie unter der ausdrücklichen Parteibedingung ihrer künftigen Verkehrsfähigkeit zum Gegenstand einer Obligation gemacht werden können.

Eine Ausnahme wird auch hier wieder nur bezüglich des Verkaufs einer Forderung und jedes anderen Rechtes gemacht.[1]

Art. 1693 spricht sich folgendermaßen aus: celui, qui vent une créance ou un autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport. Zur Erläuterung bemerkt Crome:[2] „Wann kann man bei einer Forderung sagen, daß Entwerung vorliegt?[3] Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn ein anderer dieselbe für sich in Anspruch nimmt, sondern auch dann, wenn die Forderung rechtlich nicht begründet, erloschen oder Einreden ausgesetzt ist." Hier noch von Entwerung (von etwas gar nicht Bestehendem) zu reden, heißt zwar den Ausdruck bedenklich weiten, jedenfalls aber besagt die Auslegung, daß auch nicht begründete, erloschene, kurz leistungsunmögliche Forderungen durch den gültigen Kauf gedeckt werden. Auf diesem Standpunkt steht auch die französische Doktrin z. B. Loyseau Garantie des rentes. Chap. III, 1 u. 2: Quiconque vent une dette est tenue de trois choses, par la nature du contrat pour exclure le recours en garantie. 1. Que la chose soit et subsiste, 2. qu'elle lui apartienne.

Anhang: Das englische Recht.

§ 12.

Ein Blick auf das englische Recht ist deshalb besonders lehrreich, weil dieses Recht, so vollständig am einzelnen Fall geschult,

---

[1] Auch hier wird dieser Fall anläßlich der Zession behandelt und als cessio venditionis causa als Paradigma einer solchen verwandt; diese Stellung im System entspringt hier allerdings der Tendenz des Code civil überhaupt, obligatorische und dingliche Geschäfte aneinander zu knüpfen, wie z. B. den Eigentumsübergang beim Kauf an den Abschluß des obligatorischen Vertrages.

[2] Grundlehren S. 271.

[3] Die Fragestellung beruht wohl auf dem vorhin erwähnten Irrtum,

beweist, wie eine von doktrinären Erwägungen nicht durchkreuzte Jurisprudenz sich zu der Erscheinung der Unmöglichkeit gestellt hat.[1] Hier gelten im allgemeinen folgende Sätze: Auch das englische Recht unterscheidet zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit und behandelt beide Arten verschieden, ebenso ist ihm die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit bekannt. Subjektive Unmöglichkeit findet im allgemeinen keine Berücksichtigung. „Doch hat es die englische Judikatur vermieden, bestimmte Regeln von absoluter Geltung über die Wirkung der Unmöglichkeit aufzustellen, die Gerichte suchen vielmehr zu ergründen, welche Wirkung nach dem Willen der Partei im einzelnen Falle die Unmöglichkeit der Leistung haben sollte. Im besonderen ergibt sich folgendes Bild:

Die Lehre von der ursprünglichen Unmöglichkeit verwertet den Unterschied von absoluter und relativer Unmöglichkeit. Für erstere gilt etwa der Satz:

> Ein Vertrag ist nichtig, wenn die Erfüllung desselben entweder dem natürlichen Verlauf der Dinge zuwiderläuft, oder auf Grund von Tatsachen die beiden Parteien bekannt sind, rechtlich unmöglich ist.

Als Beispiele führt Schirmeister die Verpflichtung zur Herstellung eines perpetuum mobile, den Kauf der englischen Kronenjuwelen oder eines englischen Kriegsschiffes an. Es sind die typischen Beispiele der bereits oben erwähnten „lächerlichen Geschäfte“. Für die relative Unmöglichkeit gilt folgendes:

> Ein Vertrag ist nicht deshalb nichtig, weil die Erfüllung desselben zur Zeit des Vertragsschlusses tatsächlich unmöglich ist, es sei denn, daß die Parteien den Vertrag unter der Bedingung geschlossen haben, daß seine Erfüllung möglich sei. Aber wahrscheinlich kann daraus nicht von einer Partei geklagt werden,

---

als ob das römische Recht auch bei Forderungen eine Eviktion zur Begründung der Gewährleistung verlangt habe.

[1] Zum folgenden vgl. Schirmeister: Das Bürgerliche Recht Englands S. 186 ff.

wenn ihr zur Zeit des Vertragsschlusses die Unmöglichkeit bekannt war.

Es ist also im prinzipiellen Gegensatz zu § 306 BGB. der Vertrag bei ursprünglicher Unmöglichkeit gültig, und nur unter Umständen als ungültig zu erachten. Die Beispiele, welche die englische Jurisprudenz zur Aufstellung dieses Satzes veranlaßt haben, liegen hauptsächlich auf dem Gebiete der Schiffahrt. So war z. B. in einem Falle, in welchem die Ladung eines Schiffes verkauft worden war, welches bereits untergegangen war, dem Käufer Schadensersatz zugebilligt worden, ebenso in dem Fall Hills contra Sughrue war Hills mit seiner Schadensersatzklage durchgedrungen, als er die Ladung eines Schiffes gekauft hatte, das auf einer Insel eine Ladung Guano erst einnehmen sollte, auf dieser Insel aber nicht genug Guano angetroffen hatte.

Andererseits wird im Kaufrecht folgender Satz aufgestellt:

Wenn bei einem Spezieskauf die Waren zur Zeit des Kaufes untergegangen sind, und dieser Umstand dem Verkäufer nicht bekannt war, so ist der Vertrag nichtig.

Es sei hier auch noch die eigenartige Betrachtung erwähnt, die O. W. Holmes: „Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas" (deutsch von R. Leonhard 1911) der ursprünglichen Unmöglichkeit widmet: „Aber das Recht fragt im allgemeinen nicht darnach, inwieweit die Erfüllung der Zusicherung eines künftigen Ereignisses von dem, der sie abgibt, abhängt. Für das Gebiet der Moral mag es richtig sein, daß die Verpflichtung des Urhebers einer Versicherung sich auf das beschränkt, was in seinem Willensbereich liegt. Die Folgen eines nach englisch-gemeinem Recht bindenden Versprechens sind nicht von dem Grad des Einflusses abhängig, den der Urheber des Versprechens auf das versprochene Ereignis hat. Kommt der versprochene Umstand nicht zustande, so wird dem Kläger aus dem Vermögen des Verklagten Entschädigung. Die Folgen sind dieselben ihrer Art nach, mag nun zugesichert sein, daß es regnen werde, oder daß ein Dritter ein Bild malen werde, oder daß ein Ballen Baumwolle geliefert werden solle." Jeden-

falls ergibt diese Betrachtung die Annahme bei Gültigkeit eines Vertrages auch bei ursprünglicher Unmöglichkeit, hier allerdings ungeachtet des Unterschiedes von absoluter und relativer Nichtigkeit.

Ergebnisse.

§ 13.

Die Ergebnisse der genannten Rechte sind folgende:

I. In Anerkennung der Tatsache, daß auch bei Verträgen über eine unmögliche Leistung das positive Interesse oft mehr am Platze ist, als das negative, sich an die Nichtigkeit des Vertrages anschließende, wird der Gedanke der Unterscheidung von absoluter und relativer Unmöglichkeit fruchtbar gemacht, um in Fällen relativer Unmöglichkeit vielfach zur Gültigkeitserklärung des Vertrages zu gelangen. Ein Fall solcher relativer Unmöglichkeit ist bei einem Vertrage über eine untergegangene Sache gegeben, er wird vom ABGB. für unbedingt gültig erklärt, von dem ALR. unter gewissen, die Vertragstreue abwägenden Bedingungen. Abhilfe gegen Härten kann das schon von der naturrechtlichen Doktrin betonte Irrtumsmoment solcher Verträge schaffen.

II. Der Verkauf auch von nicht existenten Forderungen und Rechten, der in Wirklichkeit gleich dem Fall relativer Unmöglichkeit auch nur von dem höheren Prinzip des Scheins der Erfüllbarkeit beherrscht wird, ist durchweg für gültig erklärt.

III. Das ALR. steuert bedeutsame Gedanken bei zur Behandlung der Frage des nachfolgenden Möglichwerdens der im Augenblick des Kontraktschlusses objektiv unmöglichen Leistung. Der Vertrag ist bei einer ursprünglich unmöglichen Handlung gültig, ohne daß dies besonders zur Bedingung desselben gemacht zu werden braucht, wenn im Erfüllungszeitpunkt die Erfüllung möglich ist. Die Leistung hat also echte Erfüllungswirkung. Um einen eventuell lästigen Schwebezustand zu beendigen, kann eine Frist gesetzt werden,[1] nach Ablauf welcher der Vertrag endgültig erlischt. Dazu kommt, daß

---

[1] Das Allg. LdR. läßt sie vom Richter festsetzen, es ginge wohl auch, sie im Parteiverkehr zu erledigen.

die Parteien sich bemühen müssen, an der Behebung der Unmöglichkeit helfend tätig zu sein.[1]

Diese Anregungen zeigen jedenfalls, daß man nicht immer, um einen Ausdruck Rabels[2] zu gebrauchen, „die Behandlung des Rechtsgeschäfts von einem Ereignis abhängig gemacht hat, das von außen gleichsam in den Tatbestand hineinschneit, statt daß die Vertragspflichten nach dem Willen, dem Wissen und dem Wissenmüssen der Parteien und gemäß dem unser ganzes Verkehrsrecht beherrschenden Grundsatz beurteilt werden: wer sich verpflichtet, prüfe vorher die Leistungsfähigkeit, und halte nachher, was er versprach". Es zeigt sich vielmehr teilweise ein recht sorgsames Abwägen der Parteipflichten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 14.

I. Das Dogma der Unmöglichkeitslehre des BGB. hinsichtlich der Gültigkeit von Verträgen findet sich gesetzlich sanktioniert in § 306:

> Ein auf eine ursprünglich unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

Dieser Satz, der, wie oben gezeigt wurde, kein Erfordernis der Logik ist, wird sich auf seine praktische Bedeutsamkeit und Brauchbarkeit ausweisen müssen.

Zunächst ist jedoch der Umfang des juristischen Begriffs der Unmöglichkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch noch näher abzugrenzen. Eine solche Umgrenzung soll nicht den oben festgelegten strengen Begriff der Unmöglichkeit wieder verwischen, vielmehr muß scharf betont werden, daß die nunmehr zu behandelnden Fälle von dem Fall der Unmöglichkeit verschieden sind. Es kann sich bei ihnen infolgedessen nur um eine durch ihre Ähnlichkeit mit der Unmöglichkeit bedingte analoge Ausdehnung der Vorschriften über die Unmöglichkeit handeln und die Beantwortung der hier auftauchen-

---

[1] Letzteres vom Allg. LdR. für die res extra commertium festgesetzt, aber von allgemeiner Bedeutung.

[2] Festschrift zum ABGB. S. 833.

den Fragen wird im wesentlichen davon abhängen, ob man diese Fälle an der Richtigkeit des § 306 teilnehmen lassen will oder nicht.

1. Als unmöglich war diejenige Leistung definiert worden, deren Erfüllung nach Maßgabe unserer wissenschaftlichen Erkenntnis notwendig nicht erfolgen wird, weil sie nicht erfolgen kann. Diese Begriffsbestimmung, dem Unmöglichkeitsbegriff des § 306 untergelegt, würde folgende Fälle nicht durch diesen erfassen lassen:

Eine Taschenuhr[1] fliegt auf dem hohen Meer über Bord, oder ein Paket stürzt in eine viele hundert Meter tiefe Gletscherspalte. Freilich ist hier naturgesetzlich eine Möglichkeit der Leistung vorhanden, auch die Uhr, der Warenballen sind in 1000 Meter Tiefe noch in rerum natura, theoretisch lieferbar. Trotzdem wird man diesen Fall einer fast bis zu wirklich logischer Unmöglichkeit gesteigerten Schwierigkeit unbedenklich der naturgesetzlichen Unmöglichkeit unterordnen. Gewiß: Eine Welle kann die Uhr wieder ans Land werfen, der wandernde Gletscher kann die in seine Spalte gefallenen Gegenstände wieder hergeben, und die Leistung kann dann ganz mühelos erbracht werden. Diese Möglichkeit aber kann als praktisch bedeutungslos beiseite gelassen werden. Anders liegt es mit folgenden Verträgen: Der Taucher[2] legt gerade Wert darauf, um bei dieser Gelegenheit einen neuen Apparat zu prüfen, das Wagnis zu unternehmen, die Uhr aus der Tiefe zu holen und damit die unserer augenblicklichen Erfahrung nach ungeheure fast unüberwindbare Schwierigkeit als überwindbar zu zeigen. Ja, es brauchen gar nicht nur Fälle dieser Quasiunmöglichkeit zu sein, die unter Umständen Gegenstand eines gültigen Vertrages sein können, auch was unserer Erkenntnis als den Naturgesetzen widersprechend und darum notwendig nicht geschehen können, als wahrhaft unmöglich erscheint, kann zum Vertragsgegenstand gemacht werden, falls nur der andere Teil zeigen will, daß unsere Kenntnis der betreffenden Naturgesetze mangelhaft, daß eine Notwendigkeit des Nichtgeschehens nicht vorliegt, daß die Leistung möglich ist.

---

[1] s. Krückmann, Unmöglichk. S. 60 und Fischer, Unmöglichk. S. 14.

[2] Krückmann, Unmöglichk. S. 61.

Schröder rechnet z. B. die Verpflichtung zur Lieferung eines lenkbaren Luftschiffs noch unter die Verpflichtung einer unmöglichen Leistung, verkennt aber nicht, daß schon Versuche zur Lösung gemacht worden sind und die Behebung dieser Unmöglichkeit in Aussicht steht. Denn unser Möglichkeitsurteil bestimmt sich, wie erwähnt, nach Stand und Maßgabe des jeweiligen Wissens und Kennens.

2. Die juristische Auslegungsfrage einer weiteren Unterordnung von Fällen sehr gesteigerter Schwierigkeit der Leistung unter den Begriff der Unmöglichkeit tritt uns auch in dem Problem entgegen, das durch das Schlagwort „Unerschwinglichkeit" gekennzeichnet wird. Die herrschende Meinung[1] hat diese Unterordnung vorgenommen, teils in bewußter Erweiterung des Begriffs der Unmöglichkeit, z. T. aber auch unter Leugnung der Notwendigkeit einer solchen Erweiterung. Kleineidam, der Vertreter dieser letztgenannten Ansicht, stellt zu ihrer Begründung folgende Überlegung an: Jede Obligation verpflichtet den Schuldner nicht eigentlich zur Herbeiführung der Erfolge, als vielmehr zu einem gewissen obligationsmäßigen Maß von Kraftanstrengung. In den Fällen der Unerschwinglichkeit nun (z. B. der Sänger schließt einen Kontrakt auf ein sofortiges Gastspiel ab, bei Abschluß des Vertrages war, den Parteien unbekannt, in dieser Stadt die Cholera ausgebrochen, der Zechenbesitzer schließt einen Vertrag ab, obgleich auf der Zeche indes ein Streik ausgebrochen ist, der der Grube so viel Arbeiter entzieht, daß die übriggebliebenen kaum die unentbehrlichen Wasserhaltemaschinen bedienen können); in all diesen Fällen würde eine Leistung, also ein Gastspiel in der choleraverseuchten Stadt, eine Lieferung von Kohlen, gar nicht Erfüllung der Obligation sein, sondern ein nichtgeschuldetes aliud. Denn die Obligation verpflichtet zu einer solchen überobligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht. Wonach bestimmt sich nun aber das Maß der geschuldeten Kraftanstrengung? Kleineidam will es aus ausdrücklicher Partei-

[1] Titze, Unmöglichk. S. 9; Kisch, Unmöglichk. S. 13; Staudinger, Bd. 2 Vorbem. I, 1 und 5a zu § 275; Kleineidam in Jher. Jahrb. 43, 120.

vereinbarung, den begleitenden Umständen und der Billigkeit entnehmen.[1] Wie aber im Fall des Gegenteils, wenn die Leistung dem Schuldner ungewöhnlich leicht geworden wäre, der Preis in gar keinem Verhältnis zur Anstrengung stände, könnte derselbe etwa wegen Nichterfüllung des geschuldeten Quantums an Kraftanstrengung gemindert werden? Kleineidam[2] bildet einen Fall, aber er ist unrichtig, denn er nimmt das Maß der Kraftanstrengung allerdings ausdrücklich in sich auf: Ich verpflichte mich, mit 10 Arbeitern ohne Anwendung von Maschinen eine Last von 250 Zentnern zu heben. Dies ist allerdings ein Vertrag über eine ursprünglich unmögliche Leistung. Würde ich hier mit Hilfe einer größeren Anzahl das Werk vollbringen, so hätte ich allerdings ein aliud geleistet, denn der Vertrag verpflichtete nur zur Leistung mit 10 Mann; aber dies war eben ausdrücklich ausgemacht. Es ist vielmehr der Anschauung Kleineidams gegenüber prinzipiell festzustellen, daß die Obligation den Schuldner zur Leistung des Erfolges, nicht nur zur Leistung selbst, d. h. einem gewissen Maß von Anstrengung verpflichtet.[3] Bleibt, da die Herleitung aus der Logik nicht angängig ist, die Erwägung, ob es praktisch ist, diese Fälle der logischen Unmöglichkeit neben einem erweiterten Begriff der Unmöglichkeit unterzuordnen, um den Vorteil gewinnen zu können, die Verpflichtung des Schuldners und den ganzen Vertrag für nichtig zu erklären.[4]

[1] Jher. Jahrb. S. 111 Bd. 43.

[2] a.a.O. S. 112.

[3] Praktisch gäbe es wohl der Feststellungsprozesse kein Ende, denn jede Erschwerung, die dem sich Verpflichtenden unbekannt, zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war, die also ein „überobligationsmäßiges“ Maß an Kraftanstrengung von vornherein vorauszusetzen scheint, würde zur Behauptung der Nichtigkeit führen.

[4] Das Allgemeine Landrecht schied übrigens sehr wohl Unmöglichkeit und Unerschwinglichkeit. Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit behandelt es die Fälle, daß die Leistung sich unverhältnismäßig erschwert. Es kennt mehrere Grade, einfache, mit Gefahr verbundene, mit Gefahr des Lebens oder der Gesundheit oder der Freiheit verbundene Erschwerung, um im ersten Fall die Verpflichtung unberührt zu lassen, im zweiten die Übernahme der

Dieser radikal durchgreifenden Anschauung wird durch eine Strömung in Literatur und Judikatur besonders auch des Reichsgerichts, welches Schuldnerschutz um jeden Preis erreichen will, Vorschub geleistet. So erschien es auch hier nur billig, ihn von einer Verpflichtung zu lösen, die ihn zwingen könnte, wichtige Güter aufs Spiel zu setzen. Der Fehler liegt in der zum mindesten einseitigen Auffassung des Schuldners. Ist es denn für diesen wirklich so erwünscht, unbedingt befreit zu sein, so erstrebenswert, daß der ganze Vertrag zusammenstürzt, wenn der Leistung besondere Schwierigkeiten im Wege stehen? Krückmann betont in seiner lebhaften Polemik gegen eine solche Benutzung der Unmöglichkeitslehre zur Befreiung des Schuldners den Fall, daß der Schuldner leisten wolle, allen auch von vornherein bestehenden Schwierigkeiten zum Trotz. Der Gedanke ist vielleicht noch nicht scharf genug formuliert. Krückmann[1] sagt später, das Recht habe eine moralische Seite, es solle den Schuldner auch erziehen, die Vertragstreue hochzuhalten und in ihr festzubleiben eventuell bis zur Aufreibung. Für einen zahlungsunwilligen Schuldner ist eine solche Erziehung sicher angebracht. Anders jedoch, wenn wir einmal auf den redlichen ehrlichen Schuldner sehen, der leisten will, weil er sich verpflichtet fühlt zu leisten und der sich dieses Recht nicht verkümmern lassen will. Denn dies kann behauptet werden: Der Schuldner hat nicht nur eine Pflicht, er hat auch ein Recht zur Leistung. Dieses aber nicht nur in dem eben erwähnten moralischen, sondern in durchaus juristischem Sinne. Nicht als ob es einer Pflicht zur Annahme seitens des Gläubigers entsprechen würde, eine solche gibt es nicht,[2] wohl aber hat der Schuldner anders geartete Rechte, sich von der Leistung, die ihn drückt, zu befreien; das Hinterlegungsrecht der

Gefahr dem auf Erfüllung bestehenden Gläubiger aufzuerlegen, im dritten den Schuldner ganz zu befreien. §§ 374—376, I, 5.

[1] Krückmann, Unmöglichk. S. 55.

[2] Den Gläubiger zur Annahme zwingen, hieße ihm einen Vormund setzen zum Wächter seines Interesses, zur Benutzung seiner Vermögenskräfte, zur Ausbeutung der ihm zustehenden Rechtsgüter. Kohler, Lehrb., Bd. I S. 268.

§§ 372 ff., das Preisgaberecht des § 303 — Gestaltungsrechte des Schuldners. Daß diese auch verkehrsnotwendig sind, erhellt daraus, daß aus der Tatsache der Nichtleistung, mag sie auch auf Lässigkeit des Gläubigers und Annahmeverzug beruhen, wegen des Verdachtes einer Nichtleistung wegen eigener Unfähigkeit, üble Folgen für den Kredit sich ergeben können. Ein Großunternehmen wird vielleicht seinen Stolz darein setzen, auch bei äußerst gesteigerten Schwierigkeiten seinen Kunden gegenüber alle Pflichten wie bisher zu erfüllen, schon im Interesse eines Beweises seiner Kreditwürdigkeit. Dieses Recht auf Leistung darf dem Schuldner nun nicht dadurch verkürzt werden, daß ihm plötzlich eröffnet wird, die Leistung wäre zusammen mit dem Vertrag für nichtig erachtet worden wegen einer schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen anscheinend übergroßen Schwierigkeit der Erfüllung.[1] Gewiß, ein Mittel muß er haben, um sich eventuell schützen zu können. Aber die Wahl, ob er dieses Mittel gebrauchen will, muß in seine Hand gelegt sein, nicht darf es als ein deus ex machina auf seine Verpflichtung einwirken. Ein solches Mittel aber, ihm zur freien Verfügung in die Hand gegeben, ist eine Einrede. Der Beklagte wird also nicht eine Nichtentstehung des Vertrages behaupten, sondern die übergroße Schwierigkeit vorliegend noch im Augenblick des Prozesses als Einrede vorschützen. Daß es aber eine solche „Einrede aus entgegenstehendem Interesse" in unserem Recht bereits in großer Anzahl gibt, dafür siehe die mannigfachen Beispiele bei Krückmann.[2] Es ist dies eine zwanglose, den Bedürfnissen des einzelnen Falles Rechnung tragende Regelung.

---

[1] Auch aus folgendem Grunde ist die bedingungslose Befreiung von der Leistung in solchem Fall ganz unangebracht: Ist es uns schon nicht möglich, bei relativer Unmöglichkeit eine Pflicht des Schuldners zur Bemühung um die Herbeiführung der Möglichkeit zu begründen, so soll wenigstens der Schuldner einer schwierigen Leistung bis zum Erfüllungszeitpunkt sich gebunden wissen und sich in der Zwischenzeit als treuer Schuldner um Hebung der Hemmungen bemühen.

[2] Krückmann, Unmöglichk.; s. auch Oertmann zu § 275 3./4. Aufl., anders noch 2. Aufl.

3. Unmöglichkeit und Unvermögen. Steht bei der unmöglichen Leistung — mit den erwähnten Modifikationen — fest, daß dieselbe überhaupt nicht erbracht werden wird, so kann in einer Obligation der Fall auch so liegen, daß, bei abstrakter Möglichkeit der Leistung, nur gerade der Schuldner dieser Obligation, aus Gründen, die in seiner Person liegen, die Leistung zu erbringen nicht imstande ist. Wenngleich vom Standpunkt der dem Urteil zugrunde gelegten Spezialwissenschaft aus verschieden, sind Unmöglichkeit und Unvermögen innerhalb einer Obligation doch durchaus gleich gelagerte Fälle. Da die Obligation eine Pflicht zur Leistung auferlegt, so tritt sowohl bei Unmöglichkeit wie bei Unvermögen die Bindung des schuldnerischen Willens an eine Leistung ein, die er beidemal — wenn auch aus verschiedenen Gründen, zu bewirken außerstande ist. Wenn diese Fälle dennoch geschieden werden, namentlich aus dem Grunde, um den Vertrag über eine Leistung, zu der der Schuldner unvermögend ist, nicht der Nichtigkeit des § 306 unterzuordnen, so hängt dies mit dem Erfüllungsrecht zusammen. Da es bei allen fungiblen Leistungen gleichgültig ist, durch wen sie erbracht werden, weil auch die Leistung eines Dritten Erfüllungswirkung hat, so liegt der Gedanke nahe, die Verpflichtung als solche aufrecht zu erhalten, um

1. was seltener eintreten wird, einem Dritten Gelegenheit zu geben, freiwillig die Verpflichtung des Schuldners zu tilgen,

2. diesem im Hinblick auf die Möglichkeit einer Erfüllung durch Dritte dazu anzutreiben, sich solche Hilfe von Dritten zu besorgen. Als dritter Grund kommt hinzu, daß das Unvermögen in ungleich geringerem Maße als dauernd angesehen werden kann, als die Unmöglichkeit, da durch die Möglichkeit einer schon gegenwärtigen Erfüllung überhaupt sich jeden Augenblick die Sachlage dahin verschieben kann, daß der Schuldner nicht nur durch einen Dritten, sondern selbst erfüllen kann. Vom Schuldner aus gesehen wahre Unmöglichkeit der Leistung, stellt sich die Sachlage vom Gläubiger aus als Möglichkeit der Erfüllung dar. Und zwar entweder durch das Eingreifen Dritter oder durch die in ihrer Möglichkeit sehr gesteigerte Behebung der eben nur im Schuldner

begründeten Unmöglichkeit.[1] Wo beides nicht zutrifft, da liegt objektive Unmöglichkeit vor. So ergibt sich z. B. die Entscheidung für infungible Leistungen. Ist ein Maler, der sich zur Anfertigung eines Gemäldes verpflichtet hat, schon bei Abschluß des Vertrages am Arme gelähmt, so kann ein Dritter nicht für ihn erfüllen.[2] Anders bei einem Photographen, wo der Stoff vor der Form in den Vordergrund tritt. Daß die Behandlung des lügnerischen Malers, der sich für fähig ausgegeben hat und eines unfähigen Photographen bezüglich der Schadenersatzpflicht so ganz verschieden ist (negatives Interesse beim ersteren, das vielleicht gleich Null ist, positives Interesse beim letzteren) ist sicher bedauerlich. Aber das liegt nun einmal an der Nichtigkeit, die § 306 dem ganzen Vertrag angedeihen läßt. Die sich hieraus ergebenden Mißstände hinsichtlich der Schadenersatzpflicht werden eben hier schlechthin aus der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Leistungspflicht gefolgert, mit der sie nichts zu tun haben. Man kann aber nicht, um Schadenersatz erzielen zu wollen, demjenigen, der eine infugible Leistung versprochen hat, als nur subjektiv unvermögend hinstellen. Rabel[3] macht den Unterschied, daß die in der Person des Verpflichtenden liegenden Hindernisse jedenfalls Unvermögen darstellen in Gegensatz zu den Hindernissen, die in der Natur der Leistung liegen. Hier aber ist gerade die Natur der Leistung mit der Person in eines verschmolzen.[4]

---

[1] Die für das BGB. aus dem Schweigen des Gesetzes erst rechtswissenschaftlich herzuleitende Gültigkeit des Vertrages bei Unvermögen des Schuldners ist klar ausgesprochen in Gesinde-O. § 131.

[2] Wenigstens nicht in dem typischen Fall. Doch sind auch hier die Besonderheiten des einzelnen Falls in Rechnung zu ziehen. Bei einer gewöhnlichen gemalten Illustration, wo es auf den Stoff, nicht auf die individuelle Form, die der Künstler ihm gegeben, ankommt, ist die Leistung als fungibel anzusehen. Andererseits wird eine Kunstphotographie, bei der die Individualität des Photographen eine Rolle spielt als infungibel anzusehen sein. Über die Schwierigkeiten der Abgrenzung fungibler und infungibler Leistungen, s. auch Fischer, Unmöglichk. S. 21 ff., Rabel, Festschr. für Bekker S. 39 ff.

[3] Rabel, Rhein.Z. 7 Bd. 3 S. 481.

[4] So nimmt auch Rechtspr. d. OLGer. Bd. 15 S. 73 bezüglich eines

Gerade an dieser Stelle häufen sich übrigens die Unbilligkeiten, die aus der verschiedenen Behandlung der Schadenersatzpflicht bei Unmöglichkeit und Unvermögen entstehen, indem nicht von einer Abwägung von Vertragspflichten, sondern von einem rein äußerlichen Vorgang dieselbe abhängig gemacht wird. Das Beispiel Cosacks von dem Verkauf zweier Hunde, bei denen zur Zeit des Vertragsabschlusses der eine von dem Diener totgeschlagen, der andere davongelaufen war (Unmöglichkeit im ersten, Unvermögen im zweiten Falle), das Beispiel der gestohlenen Sache, die das Schicksal des Verkäufers in die Hand des Diebes legt (hat derselbe zur Zeit des Verkaufs die Sache vernichtet: Unmöglichkeit, hat er sie noch: Unvermögen, sind dafür schlagende Beweise.[1]

Dienstvertrags, durch den sich ein Anwalt zur Führung eines Prozesses bei einem Gericht, bei dem er nicht zugelassen war, Unmöglichkeit an.

[1] In der Behandlung der gestohlenen Sache ergibt sich für die Frage, ob Unmöglichkeit der Leistung oder Unvermögen vorliegt, eine bedeutende Schwierigkeit. Der Unterschied wird darauf abgestellt, ob ein Dritter leisten könne oder nicht. Welche Situation ergibt sich nun hier? Der Dieb kann nicht leisten, denn er kann der Furtivität der Sache wegen nicht das Eigentum derselben übertragen. (Und um Leistung des Eigentums, nicht der Sache, handelt es sich doch, korrekt gesprochen, wie überhaupt meist, wenn wir von Sachen sprechen, juristisch das Eigentum an denselben gemeint ist, und wie auch z. B. bei res extra commertium nicht die Sache, wohl aber das Eigentumsrecht an derselben nicht im Verkehr vorhanden ist. Über diese Frage, und die Folgen für den Begriff des „Gegenstandes“ z. B. Bekker, Grundbegriffe S. 2 ff.) Jeder andere, der von dem Dieb erwirbt, vermag gleichfalls nicht zu leisten, denn die Furtivität haftet der Sache an, § 935 Abs. 1. Es liegt also anscheinend ein Leistungshindernis für jedermann vor, aber bei jedem entspringend aus seiner persönlichen Unfähigkeit zur Leistung. Es ist eine Summe subjektiver Unvermögen. Der Vergleich mit der infungiblen Leistung liegt auf der Hand. Einer nur vermöchte zu leisten, nämlich der Eigentümer, und dieser vermag es nicht. Also Unmöglichkeit? Nein, denn einer vermag doch zu leisten. Bringt der Dieb die gestohlene Sache auf eine öffentliche Versteigerung, so erwirbt derjenige, der sie dort ersteht, Eigentum, § 935, 2. Der Dritte, der leisten kann, ist gefunden, also: Unvermögen. Nimmt man aber, solange die Sache bei dem Dieb oder dem Dritten, der sie käuflich erworben hat, sich befindet nach dem Muster der

Der Beurteilungszeitpunkt der Möglichkeit.

§ 15.

Wann muß die Leistung unmöglich sein, um auf die Gültigkeit des Vertrages einzuwirken? Der unbefangene Beurteiler wird sagen: Der Augenblick der Fälligkeit ist der wichtigste Zeitpunkt eines Schuldverhältnisses. Kann in diesem Augenblick die Leistung erbracht werden, so ist damit das Schuldverhältnis in befriedigender Weise gelöst. Inzwischen, so würde man allerdings sagen müssen, entbehrt das Schuldverhältnis eines eigentlichen Gegenstandes, da die Leistungspflicht, solange die Unmöglichkeit besteht, notwendig ruht. Aber dieser Schwebezustand wäre konstruktiv garnicht so schwer zu erfassen. Man denke an einen analogen Fall aus dem Sachenrecht: Die Pfändung von stehenden Früchten. Ein wirksames Pfandrecht kann nicht entstehen, da keine eigene selbständige Sache da ist, an der es entstehen könnte.[1] „Da aber der Entstehungstatbestand für das Pfandrecht bereits vorliegt, der Mangel nur in einem der Substrate des zu begründenden Rechts zu finden ist, so wird mit dem demnächstigen Entstehen dieses Substrates, also mit dem Selbständigwerden der Mangel geheilt, der bereits vorhandene Entstehungstatbestand braucht nicht wiederholt zu werden, sondern läßt mit Wegfall des anfänglichen Hindernisses die ihm entsprechende Wirkung eintreten." Man wende nicht ein, daß der Vertrag über eine ursprüngliche unmögliche Leistung garnicht Ähnlichkeit mit diesem Gebilde habe, daß diesem vielmehr eher der Fall entspräche, daß ein Vertrag über eine Leistung abgeschlossen wird, die zwar im Augenblick unmöglich zu erfüllen ist, bei der aber, weil im Augenblick alle Bedingungen einer künftigen Möglichkeit vorliegen,

---

infugiblen Leistung Unmöglichkeit an, so hätte er es auch wieder in der Hand, über die Haftung des Schuldners zu entscheiden. Hat nämlich der Dieb die gestohlene Sache zur Zeit des Verkaufs schon auf einer Auktion versteigert: Unvermögen, hat er sie nur verkauft oder besitzt er sie noch selbst: Unmöglichkeit. Daß diese Resultate befriedigend sind, kann wohl nicht behauptet werden.

[1] s. Örtmann, Zeitschr. f. Ziv.Pr. Bd. 41 S. 1 ff.

die künftige Leistung also sicher ist, von einer ursprünglichen Unmöglichkeit nicht gesprochen werden kann. (Ein Beispiel dieser Art z. B. der Werkvertrag.) Dies trifft aber nicht zu. Denn das Schicksal des Pfandrechts ist genau so unsicher, wie dasjenige des Vertrages. Ein Hagelschlag kann die Früchte vernichten. Es ist also das künftige Selbständigwerden, wodurch erst ein geeignetes Objekt eines Pfandrechtes entsteht, noch ungewiß, deshalb hängt die Entstehung noch von einem künftigen ungewissen Ereignis ab, einer Bedingung. Diese Bedingung aber, und darauf dürfte das Hauptgewicht zu legen sein, weil es uns die Abgrenzung zu § 308 Abs. 1 gibt, ist keine Bedingung im technischen Sinne, denn ihre Zufügung beruht nicht auf Parteiwillen, sondern auf objektiver Notwendigkeit, auf der zwingenden Logik der Tatsachen. Örtmann nimmt für die Zwischenzeit die Analogie des nasciturus zu Hilfe, für den Fall der Geburt werden ihm Rechte vorbehalten, inzwischen bestehen Anwartschaften. Bei dem nasciturus sei es der Mangel des Subjekts, hier des Objekts, was den vorliegenden Entstehungstatbestand an der Vollwirksamkeit hindere, so lasse sich zwar nicht der Begriff des bedingten Rechtsgeschäfts wohl aber der des bedingten Rechts auf beide Fälle anwenden. Die Ähnlichkeit mit dem Fall einer ursprünglichen, möglicherweise, wenn auch den Parteien unbekannter und deshalb nicht zur Bedingung erhobener, zu behebenden Unmöglichkeit ist m. E. schlagend. Das Recht spart jedenfalls bei solcher Konstruktion ein anderenfalls nötiges bestätigendes Rechtsgeschäft, vermeidet aber besonders, daß die nachträglich mögliche Leistung als außerhalb der Verpflichtung fallend keine Erfüllungswirkung hat und das auf Grund ihrer Kondizierbarkeit ein anscheinend ruhig beendetes Verhältnis wieder hervorgezerrt werden kann. Trotzdem lassen sich letztere Konsequenzen vom Standpunkt unseres Gesetzes nicht vermeiden. Denn daß das Gesetz die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus einer zur Zeit des Vertrages bestehenden Unmöglichkeit mangels Gegenstandes des Vertrages folgert, ist angesichts des § 308 Abs. 2 außer allem Zweifel. Dieser Paragraph, der offenbar als Ausnahme gedacht ist, hält den Vertrag ausdrücklich dann

aufrecht, falls durch Zusetzung einer Bedingung oder Befristung der Augenblick der endgültigen Entstehung der Leistungspflicht herausgeschoben ist, erachtet ihn also ohne Zweifel bei einer schon im Augenblicke des Vertragsschlusses entstehenden Leistungspflicht, also bei unbedingten und unbefristeten Verträgen für nichtig. Damit aber müssen wir uns abfinden, nicht weil es die Meinung der Gesetzgeber war, sondern weil es die Meinung des Gesetzes ist. Krückmann, der die schlimmen Folgen dieser Auffassung am schärfsten formuliert,[1] will dem Gesetz den gewünschten auf die Zeit der Fälligkeit achtenden Gesichtspunkt aufzwingen, indem er § 308, 2 beiseite schiebt. Dies ist aber deshalb ein bedenklicher Radikalismus, der nicht recht angängig ist, weil er damit die ganz bewußte Systematik des Gesetzes in dieser Materie zerstört. Lücken im Gesetz sollen in freier Konstruktion ausgefüllt werden,[2] man mag auch im einzelnen Falle, in dem offenbar ist daß der Gesetzgeber seinen Willen anders gefaßt hätte, wenn er den betreffenden Fall gekannt hätte, auch gegen den offenbaren Willen des Gesetzes entscheiden, aber die Unterdrückung einer ganzen Anzahl von Paragraphen (§ 275, 2, § 308, zum Teil § 307) ist prinzipiell bedenklich. Abgesehen von dem Fall eines ganz unerhörten Mißgriffs des Gesetzes ist zu betonen, daß das Gesetzbuch nun einmal die magna charta des Verkehrs ist, auf deren Vollständigkeit man sich (insbesondere auch der Laie) in weitem Umfang muß verlassen dürfen. Unser Gesetzbuch faßt also als ursprügliche Unmöglichkeit die Unmöglichkeit bei Abschluß des Vertrages auf. Es gewinnt dadurch sogar einen Vorteil, indem es jeden Schwebezustand vermeidet.[3] Keine Bedenken lassen sich daraus herleiten, daß fünf Minuten über das Schicksal des Vertrages entscheiden können, daß man den Augenblick des Vertragsschlusses selten beachtet,

[1] Krückmann, Unmöglichk. S. 106.

[2] Zu diesen Fragen s. Fischer, Unmöglichk. I S. 17; Fischer, Sein und Schein S. 7; neuerdings Hellwig, Syst. I S. 10—14; Huber in den Erläuterungen zum Vorentwurf 1902 S. 37.

[3] Wie ein solcher konstruktiv zu erfassen ist, s. oben, wie er praktisch beendet werden könnte, darüber s. die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts bezüglich der res extra commertium I, 5 § 61.

daß sich bei einer über längere Zeit hin ausdehnenden Verhandlung Schwierigkeiten ergeben können. Gewiß, aber dies ist bei jeder Frist der Fall. Der Vertrag, der fünf Minuten vor Beendigung des 21. Lebensjahres geschlossen wird, hat andere Wirkungen als der 1 Minute nach 12 Uhr geschlossen wird, fällt der Zeitpunkt in die Vertragsverhandlung hinein, so geht mit dem Vertrag eine eigentümliche Veränderung vor, indem nun der voll Geschäftsfähige den vor 12 Uhr liegenden Teil bestätigt, und die weitere Verhandlung als voll Geschäftsfähiger führt. Für die Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung ist betreffs § 828 dasselbe der Fall.

Wichtig für die Abgrenzung der ursprünglichen Unmöglichkeit[1] ist noch folgender von vielen unter die ursprüngliche Unmöglichkeit gerechneter Fall. A. verkauft dem B. ein todkrankes Pferd, 3 Monate Ziel. Nach wenigen Tagen stirbt es. Man könnte hier nur sagen: Es lagen zur Zeit des Vertragsschlusses alle Bedingungen einer Unmöglichkeit schon vor, folglich sei die Leistung als ursprünglich unmöglich anzusehen. Alle? doch wohl nicht, denn eine und zwar eine recht wichtige fehlte noch, nämlich der Tod des Pferdes. Und wenn dieses nun wieder gesund wird, dann zeigt es sich doch deutlich, daß nicht alle Bedingungen der Unmöglichkeit vereinbart waren. Sonst könnte auch, meint Rabel[2] mit Recht, der Verkäufer das Pferd totschlagen, ohne dafür verantwortlich zu sein.[3]

---

[1] So Brecht, Jher. Jahrb. Bd. 50; Staudinger, 5./6. Aufl. zu § 306.

[2] Rabel, Rhein.Z. Bd. 3 S. 487.

[3] Freilich auch hier ergibt sich eine seltsame Folge: Der Fall untersteht dem Recht der nachfolgenden Unmöglichkeit; bei der für diese wichtigen Beurteilung, ob schuldhaft oder nicht, schuldhaft herbeigeführte Unmöglichkeit vorliegt, darf man doch, da es die Verletzung von Vertragspflichten ist, die haftbar macht, nicht über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Schuldurteil hinausgehen. In der Zeit nach dem Vertragsschlusse lag aber kein Verschulden vor, denn das Tier starb eben an seiner Krankheit. Der Verkäufer ist also frei von seiner Verpflichtung und hat auch keinen Schadensersatz, sondern höchstens nach § 281 das stellvertretende Commodum zu leisten. Dieses Resultat ist unannehmbar. Wir können vielleicht auf folgende (sicherlich allerdings gekünstelte) Weise zu einem anderen Resultat kommen. Der-

Es muß in diesem Falle nachfolgende Unmöglichkeit angenommen werden.

VI. Dies die Grundlagen für die Beantwortung der Frage, wann objektive ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, die allein fähig ist, Nichtigkeit eines Vertrages zu bewirken. Die Frage, inwieweit Unmöglichkeit des Inhalts die Nichtigkeit eines Vertrages mit sich bringt, führt auf das Problem der totalen und partiellen Nichtigkeit. Es kann eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung nur vorliegen bei einer im Rechtssinne teilbaren Leistung, andernfalls bewirkt die Unmöglichkeit eines Teils Unmöglichkeit der ganzen Leistung und damit, wenn schon im Augenblick des Vertragsschlusses vorhanden, Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Wann eine Leistung teilbar ist oder nicht, wird nicht immer leicht bestimmbar sein. Cosack[1] bildet das Beispiel, daß ein zum Vortrag einer Arie engagierter Sänger das im letzten Takt derselben vorkommende hohe C nicht singen könne; da eine Arie nicht teilbar sei, Unmöglichkeit aber schon bei Abschluß des Vertrages vorlag, so sei der ganze Vertrag nichtig.[2] Für die Behandlung des teilweise unmöglichen Vertrages gilt nun folgendes:

---

jenige, der wissentlich ein todkrankes Pferd, ein unterwaschenes Haus verkauft, hat zwar nicht den Tod des Pferdes, den Einsturz des Hauses, wohl aber die dadurch erfolgende Vertragsverletzung verschuldet und zu vertreten. Denn indem er dieses Pferd, das unterwaschene Haus als Objekte in einen Vertrag einführte, bekundete er damit den Willen, die Natur (die Krankheit, die Morschheit) zu benutzen, um mit ihrer Hilfe den Vertrag verletzen zu können. Indem diese Verletzung durch den Tod, durch den Einsturz erfolgt, ist es indirekt sein zu vertretendes Verschulden. Die Natur war nur das Werkzeug seiner Handlung, indem er auf ihre Gesetzlichkeit bauend sie bewußt in seine Berechnungen bezüglich des Vertrages als Faktor hineinzog.

[1] Cosack, Lehrb. Bd. I S. 408.

[2] Der Fall kann übrigens zweifelhaft sein: Wird die Melodie durch die Unmöglichkeit auf Seiten des Sängers, die hohen Töne zu erschwingen, zerrissen, so ist die Entscheidung sicher richtig; wie aber, wenn es ein reiner Effektion ist, worauf das Vorhandensein im letzten Takt zu deuten scheint? Wie, wenn er infolgedessen ohne dem Gesamteindruck Einbuße zu tun, transponiert werden kann?

Nach § 139 gilt er als ganz nichtig, wenn nicht ersichtlich ist, daß die Parteien ihn auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Es kommt also das Interesse beider Parteien, nicht nur das Interesse des Gläubigers an dem noch möglichen Teil der Leistung in Betracht.[1] Die Folge des Bestehenbleibens nur eines Teils führt dazu, daß die Gegenleistung entsprechend zu mindern ist. Dieses Resultat ist es wohl besonders, welches der Lehre von der totalen und partiellen Unmöglichkeit in der Bearbeitung mancher Autoren eine Bedeutung verliehen hat, die ihr sicher nicht zukommt. Es ist nämlich aus der totalen und partiellen Unmöglichkeit viel herausgelesen worden,[2] die ganze Mängellehre sollte durch ihre allgemeinen Sätze die allgemeine Fundierung erhalten, die ganze Lehre vom Verzuge sollte durch sie gedeckt werden. Letztere, die mit der nachfolgenden Unmöglichkeit zusammengebracht wurde, muß hier beiseite gelassen werden. Es käme also etwas darauf an, ob der Mangel der Sache schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden war. Es hätte dann teilweise objektive Unmöglichkeit der Leistung bestanden, diese war zu diesem Teil nichtig und da anzunehmen war, daß die Parteien auch für diesen Fall die Kaufsache gekauft, die Mietssache gemietet hätten, so muß sich die Gegenleistung alsbald entsprechend mindern. Wird aber angenommen, daß die Sache durch ihren Fehler den Charakter einer total unmöglichen Leistung besitze, so ist der ganze Vertrag nichtig, das Empfangene ist zurückzugewähren (Wandlung). Dieser Auffassung, die in weitem Umfange unser Gewährschaftsrecht überflüssig machen

---

[1] Die Regelung des § 139 BGB. weicht von der des gemeinen Rechtes ab. Windscheid (§ 315 S. 292) geht davon aus, daß der Vertrag zu dem noch möglichen Teil gültig bleibe, „es müßte denn der Vertragswille auf den jetzt noch möglichen Teil nicht gerichtet gewesen sein“. Von Bedeutung wird diese verschiedene Behandlung bei der Beweislast. Im gemeinen Recht Vermutung für Bestehen, also Beweis für die Nichtigkeit zu erbringen, bei uns Vermutung der Nichtigkeit also Beweis entgegenstehenden Willens erforderlich.

[2] So besonders Titze, Unmöglichk. S. 255 ff.

würde, ist Krückmann[1] entgegengetreten und sie hat schon manchen Anhänger verloren (so z. B. Örtmann, 3.—4. Aufl. zu § 275). Sie beruht auf einem Irrtum, den Krückmann dahin formuliert hat, daß eine Verkennung von Summe und Bestandteil vorliegt. Eine Sache ist nicht gleich der Summe ihrer Eigenschaften, insofern die gerade so und nicht anders geartete Zusammenstellung, das Ineinanderwirken, das aufeinander Bezogensein der einzelnen Teile der Sache erst das eigentliche Gepräge, eine Individualität verleiht. Die Sache bleibt denn auch eine solche, ob auch einzelne ihrer Bestandteile fehlen oder beschädigt sind, denn die einmal erfolgte sinnvolle Zusammenfügung, die dadurch erreichte Individualität wird damit nicht aufgehoben.[2] Als solche bildet sie den juristischen Leistungsgegenstand, als solche aber auch das Verkehrsobjekt. Titze legt auf letztere Betrachtung den Hauptwert in seiner Bekämpfung der Ansicht Krückmanns,[3] aber keinesfalls mit durchschlagenden Gründen. Freilich treten im Handelsverkehr die einzelnen Eigenschaften stärker hervor, wird mehr auf sie geachtet, eine Summe solcher Eigenschaften wird beim Spezieskauf die Sache darum auch für den Kaufmann nicht und kann es nicht werden, weil das Zusammenspiel der Eigenschaften immer doch das maßgebende bleiben muß. Darum liegt bei dem Vertrag über eine fehlerhafte Sache nicht ein Vertrag über eine teilweise unmögliche Leistung vor, denn Leistungsgegenstand ist die Sache als solche,

---

[1] Krückmann, Anfechtung, Wandelung ꝛc. beim Viehkauf S. 104 ff., Unmöglichk. Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 46 S. 238 ff.

[2] Ein aliud liegt erst vor, wenn durch Mängel oder weggefallene Eigenschaften oder Substanzverluste die Sache als das nicht mehr besteht, was sie ursprünglich war, also z. B. Tier ohne Kopf. Doch ist auch hier eine unbedingte Verallgemeinerung mißlich. Titze, Unmöglichk. S. 44 weißt auf Fälle hin, wo der Kaufkontrakt von vornherein erweislich mehr auf das Fell, als auf das Tier, mehr auf die Federn, als auf den Vogel gerichtet war. Hier bedeutet der Verlust des Lebens für die Sache als Kaufsache nicht einmal eine wesentliche Änderung, selbst hier läßt sich dann höchstens von einem Fehler reden.

[3] Deutsche Lit.Ztg. 1907 S. 2069.

als Individualität. Es liegen Fehler vor, keine Unmöglichkeit der Erfüllung,[1] ob man nun die Kategorie der ursprünglichen oder inkonsequenterweise nur diejenige der nachfolgenden Unmöglichkeit anwenden will.[2] So beschränkt sich der Umkreis der Lehre von der totalen und partiellen Unmöglichkeiten bei Spezieskäufen auf den kleinen Umkreis von Leistungen, die in sich Summen darstellen, also besonders zusammengesetzten Leistungen, wo infolgedessen das Nichtvorhandensein, die Unmöglichkeit der Erbringung eines Teils der Leistung wirkliche Teilunmöglichkeit herbeiführt. Etwas verschieden liegt die Sachlage, wenn eine Gattungssache geschuldet wird. Die Gattung definiert sich als eine bestimmte Summe von Eigenschaften; wer eine Gattungssache kauft, kauft eine solche Summe von Eigenschaften, also etwa: Pferd, braun, 5 Jahre alt, zugeritten rc. Fehler der Sache verändern den Leistungsgegenstand, denn die volle Summe der Eigenschaften, als welche ich die Sache gekauft habe, ist durch sie vermindert. Gerade im Gegensatz zur Speziessache ist hier darum der Verkäufer verpflichtet, die Sache fehlerlos zu übergeben. Man stelle nun folgenden Fall auf: Es wird ein Vertrag abgeschlossen über die Lieferung von russischen Tee, feinste Sorte in bestimmter Verpackung rc. Es bestand zur Zeit des Vertragsschlusses jedoch ein Ausfuhrverbot für Tee in Rußland. Möglich ist die Lieferung von Tee, feinste Sorte, bestimmte Verpackung, unmöglich von solchem russischer Herkunft. Die Leistung

[1] Nur von dem Standpunkt einer Unterscheidung von Mängellehre und Erfüllungsrecht aus ist die Beweislastverteilung des § 442 zu rechtfertigen. Siehe Hellwig, System S. 475.

[2] Wie müßte dann entschieden werden, wenn der Mangel, also die teilweise Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war, aber vor der Übergabe noch ausgebessert worden ist? Die teilweise Unmöglichkeit hat die Preisminderung zufolge. Falls nun Käufer und Verkäufer bei Abschluß des Vertrages nichts von dem Mangel gewußt haben, so kann man nicht annehmen, daß sie den Vertrag unter der Bedingung geschlossen haben, daß der unmögliche Teil auch noch möglich werde, ist dies aber nicht der Fall, so ergibt sich bei der Übergabe der tadellosen Sache folgende Erscheinung: Der Käufer erhält ein teilweises Indebitum, der Verkäufer in dem vollen Preis desgleichen. Es zeigt die Verkünstelung der ganzen Auffassung.

ist teilweise unmöglich und eine Lieferung entsprechenden feinsten chinesischen Tees in der ausgemachten Verpackung, nicht die Lieferung einer fehlerhaften Sache, wie der Vertrag nicht ein solcher über eine Sachindividualität war. Als Beweis dient die Tatsache, daß nicht nur Wandlung und Minderung, sondern Neulieferung, d. h. Erfüllung verlangt werden kann, § 480 BGB. Wird aber in einem solchen Fall gemindert, so lassen sich die Sätze der ursprünglichen und nachfolgenden teilweisen Unmöglichkeit wohl anwenden.

VII. Weitergehend als der Fall der teilweisen Unmöglichkeit, der das Geschäft nur kraft Parteiwillens in seinem möglichen Teil aufrecht erhält, geht das Gesetz bei der Regelung der Wahlschuldverhältnisse, indem es hier unbedingt den möglichen Teil in obligatione beläßt, § 265. Derjenige, der die Unmöglichkeit gekannt hat, oder hätte kennen müssen, hat dem anderen auf Grund der partiellen Nichtigkeit das entsprechende negative Interesse zu vergüten, § 307 Abs. 2.[1] [2] Hier sei aus der Fülle der Kombinationen, die durch Variation der Werte: Möglichkeit, anfängliche Unmöglichkeit, nachträgliche Unmöglichkeit, Verschulden des Schuldners, des Gläubigers, beider Teile, keines Teils bedingt wird, ein Fall herausgehoben, nämlich die Kombination einer anfänglich möglichen und einer anfänglich unmöglichen Leistung bei Wahlrecht des Gläubigers (eine Zusammenstellung aller Kombinationen bei Brock, Das negative Vertragsint. S. 134 ff.).

a) Kein Verschulden (Kennen oder Kennenmüssen der Unmög-

---

[1] Schon das Allgemeine Landrecht, § 56, I, 5 bestimmte: In allen Fällen besteht der Vertrag, wenn darin einem oder dem anderen Teile die Wahl gelassen worden, statt des Unmöglichen etwas anderes zu fordern oder zu leisten.

[2] Da hier nur die Fälle in Betracht kommen, in denen schon bei Vertragsabschluß die eine der wahlweise geschuldeten Leistungen unmöglich war, so bleiben die Komplikationen, die sich daraus ergeben, daß diese Konzentration nicht eintritt, wenn die Unmöglichkeit von dem nicht wahlberechtigten Teil verschuldet wird, § 265 Satz 2 außer Betracht. Wenn im folgenden von Verschulden die Rede ist, ist stets nur das Kennen oder Kennenmüssen bei Vertragsabschluß gemeint.

lichkeit) auf beiden Seiten. Konzentration nach § 265, kein Ersatz, da § 307 Verschulden voraussetzt.

b) Verschulden des Schuldners. Konzentration der Leistung, Ersatz des negativen Interesses für Beschränkung des Wahlrechts,[1] z. B. ein Reisender kauft in Frankfurt a. M. ein Billett nach Berlin. Auf demselben ist angegeben, daß der Reisende die Wahl zwischen zwei Routen hat. Eine derselben ist, wie der Behörde bekannt, unpassierbar, ohne daß dem Reisenden hiervon Nachricht gegeben wird. Folge: Konzentration auf die andere Route. Wählt der Reisende diese sowieso, so ist Ersatz ausgeschlossen, der Vertrag ist vollkommen erfüllt. Er kann aber für seine Geschäfte nur die andere Route gebrauchen. Sein negatives Interesse umfaßt hier Befreiung von dem noch möglichen Teil des Vertrages (also Herausgabe des Preises gegen Rückgabe des Billetts) und den Schaden, der durch die Verzögerung entsteht, indem er glaubte, auf dieser Route sein Ziel zu erreichen und dadurch vielleicht einen Zug einer anderen Route verpaßt hat.

c) Verschulden des Gläubigers. Die mögliche Leistung muß erbracht werden, der Gläubiger hat das negative Interesse nicht zu leisten, er hätte die nunmehr zu vollziehende Leistung wählen können.

d) Verschulden auf beiden Seiten. Konzentration kein Interesse, § 307 Abs. 2.

Ausnahmen.

§ 16.

Soweit die prinzipielle Auslegung des in § 306 sanktionierten Dogmas der Unmöglichkeitslehre hinsichtlich der Nichtigkeit von Verträgen. Von diesem Dogma existieren Ausnahmen zweierlei Art. Während die einen den Grundsatz des § 306 bewußt modifizieren, bäumen sich die anderen in unbewußter Durchbrechung seines Prinzips gegen dasselbe auf. Beispiele der ersten Art bieten § 308 Abs. 1 und 2 und das prinzipiell interessanteste

[1] Fall von Laband, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 74 S. 5.

Beispiel der zweiten Art findet sich in § 437. Zum Schluß soll eine Analyse des § 307, welcher von den Verfassern des BGB. jedenfalls als eine Ausnahme der ersten Art gedacht war, die Frage beantworten, ob in ihm nicht eine unbewußte Durchbrechung des Prinzips gegeben ist, wie sie uns in der zweiten Gruppe entgegentritt.

I. Um die zeitweilige Unmöglichkeit zu berücksichtigen, bestimmte der Gesetzgeber in § 308, daß

1. im Falle der von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend, jedenfalls aber in Kenntnis der Unmöglichkeit bei Vertragsschluß zugefügten Bedingung eines späteren Möglichwerdens der Leistung der Vertrag gültig sein solle;[1]

2. falls bei bedingten oder befristeten Verträgen die Unmöglichkeit vor (also spätestens „bei") Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird, der Vertrag ebenfalls gültig sein solle.

Zu 1. Die Bedingung der Möglichkeit ist keine condicio iuris, was Titze[2] zum mindesten offen läßt, vielmehr ist das Möglichwerden die condicio iuris, die Bedingung, daß in diesem Fall der Vertrag in Kraft treten soll, ist durch Parteiwillen gesetzt. Die Aufhebung der Unmöglichkeit aber muß zur wirklichen Bedingung, deren Eintritt unsicher ist, ausgestaltet sein. Der Vertrag wird jetzt geschlossen, die Bedingung entscheidet über sein Schicksal. Vom Standpunkt der Parteien muß also bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit als eine anscheinend dauernde erscheinen,

---

[1] Nicht gedeckt also wird, da die Bedingung in Abs. 1 eine von den Parteien gewollte ist, der Fall, daß beide Parteien von der Unmöglichkeit keine Kenntnis haben. Dieser Vertrag ist unweigerlich nichtig. Seine Umdeutung in einen stillschweigend bedingten ist unzulässig. Schon Bechmann, Kauf, Bd. 2 S. 427 spricht es aus, daß „es kaum der Hervorhebung bedarf, daß der unbedingte Kauf, dessen Objekt gegenwärtig nicht existiert, nicht etwa zum Zweck der Aufrechterhaltung als bedingter Kauf umgedeutet werden darf". Die Motive Bd. 2 S. 180 aber sprechen es ausdrücklich aus, daß die Aufstellung einer Vermutung für oder gegen die Annahme eines derart bedingten Vertrages dem Gesetze ganz fernläge.

[2] Titze, Unmöglichk. S. 216.

wenigstens nach augenblicklicher Lage der Dinge, und nur die Hoffnung, daß ein äußeres, aber ganz ungewisses Ereignis sie beheben wird, veranlaßt sie, diese Bedingung dem Vertrage zuzusetzen (z. B. Aufhebung der Beschlagnahme eines Buches).[1] Der Vertrag des § 308, 1 ist ein bedingter, er steht deshalb unter den Vorschriften über bedingte Verträge, also §§ 158 ff. Nach § 162 z. B. würde der Wegfall der Unmöglichkeit als eingetreten anzusehen sein, wenn die Partei, die von der Möglichkeit der Leistung den Nachteil hätte, das Möglichwerden wider Treu und Glauben verhindert hätte. Die Ansprüche aus dem Vertrage können durch Arrest und einstweilige Verfügung gesichert werden, §§ 916 Abs. 2, 936 Abs. 1 ZPO., sie werden im Konkurs berücksichtigt, sofern die nicht allzu entfernte Möglichkeit der Realisierbarkeit ihnen einen Vermögenswert verleiht, §§ 67, 154 KO.

Zu 2. Die Geltung des in § 308, 2 vertretenen Satzes war im gemeinen Recht bestritten. Während z. B. Mommsen[2] ihn verteidigte, wurde er von Enneccerus[3] bekämpft, wenigstens was das befristete Geschäft betrifft.[4] Der Konstruktion liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Leistungspflicht, die im Augenblick unmöglich und nichtig wäre, bei bedingten und befristeten Geschäften im Augenblick des Vertragsschlusses nicht eigentlich entsteht, vielmehr

---

[1] Die Sachlage darf also nicht so liegen, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages das sichere Möglichwerden vor Augen haben und den Erfüllungszeitpunkt für diese Zeit festsetzen. Örtmann hatte in dieser Beziehung in der zweiten Auflage zu § 308, I falsche Beispiele gebildet, die er nun selbst, 3./4. Aufl. zurückgenommen hat. Ein Vertrag zur Führung eines Anwaltsprozesses mit einem Assessor, der vor der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft steht, für die Zeit nach derselben, der Fall des Anstreichers, der sich zur Frostzeit verpflichtet, das Haus zu streichen, sie alle sind deshalb falsch gebildet, weil sie von vornherein auf einen späteren Erfüllungszeitpunkt, in welchem die Leistung sicher möglich ist, geschlossen sind.

[2] Mommsen, Unmöglichk. S. 151.

[3] Enneccerus, Rechtsgesch. Bd. 2 S. 597.

[4] Das römische Recht bespricht diese Fälle z. B. l. 81 D. 18, 1: existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quod forte speratur meum esse desinere.

nur eine eventuelle. Wohl tritt eine Gebundenheit der Parteien ein, aber die Gebundenheit ist derart, daß keiner auf den schwebenden Vertrag durch Herbeiführung oder Vereitelung der Bedingung einwirken soll. Die Leistungspflicht und der ganze Vertrag erscheint in sich gefestigt erst bei Eintritt der Bedingung, §§ 158, 163 BGB. Es ist unrichtig, diesen Fall mit dem anderen zusammenzuwerfen, in welchem nur die Fälligkeit der Leistung herausgeschoben ist, es sind bei dem bedingten Rechtsgeschäft drei Augenblicke zu unterscheiden: Vertragsschluß, Eintritt der Bedingung oder des Termins, Fälligkeit. Es ist deshalb für Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrags der Augenblick des Vertragsschlusses nicht so wichtig, als derjenige des Eintritts der Bedingung, bezw. des Termins.[1] Es ist deshalb bei ihnen auch die im Augenblick des Vertragsschlusses vorliegende Unmöglichkeit, die den Vertrag eigentlich der Vorschrift des § 306 unterwerfen müßte, nicht so wesentlich. Nun ist dies aber, wie Kleineidam[2] richtig ausführt, keine Einschränkung bedingter und befristeter Verträge dahin, daß

[1] Indem Titze in letzterem überhaupt nur eine Herausschiebung der Fälligkeit sieht (dagegen z. B. Kisch, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 516), nicht die endgültige Entstehung des Schuldverhältnisses hinsichtlich der Leistungspflicht, kommt er in die Schwierigkeit, den Zustand konstruieren zu müssen, wie er zwischen Fälligkeit und Vertragsschluß besteht, ohne daß ein durch die Bedingung des Möglichwerdens bedingtes und deshalb gültiges Rechtsgeschäft vorliegt. Denn § 308 II betrifft auch den Fall, daß die Parteien beide nichts von der Unmöglichkeit wissen (obwohl es auch so liegen kann, daß die Parteien die Unmöglichkeit kennen, aber so fest auf den Wegfall vertrauen, daß sie ihn gar nicht zur Bedingung erheben). Der Fall, wie er ihn konstruiert, fällt zusammen mit demjenigen eines gewöhnlichen Vertragsschlusses, in welchem auch die Fälligkeit meist herausgeschoben erscheint, seine Konstruktion ist eine Bemühung, in solchem Fall mit der Gültigkeit des Vertrages die Erfüllungswirkung der möglich gewordenen Leistung zu begründen. Es ist dies nichts anderes, als die konstruktive Erfassung der oben erwähnten und nach Analogie des Pfandrechts an stehenden Früchten konstruierten, in unserem Recht aber nicht vorhandenen Falls des Vertragsabschlusses durch zwei nichts ahnende Kontrahenten und die Möglichkeit der Leistung zur Erfüllungszeit.

[2] Kleineidam, Unmöglichk. S. 32.

es für ihre Gültigkeit auf den Eintritt der Bedingung oder des Termins ankäme. Die Regelung des § 308 ist vielmehr eine Erweiterung des Kreises der Gültigkeit für Geschäfte, die an sich der Regel nach unter § 306 fallen müßten. Die bedingten Verträge, bei denen zur Zeit des Vertragsschlusses Möglichkeit vorliegt, werden nicht berührt. Falls das Möglichwerden vor Eintritt der Bedingung stattfindet, bei Eintritt derselben aber wieder eine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, ist nachfolgende Unmöglichkeit anzunehmen. Denn nur darauf kommt es an, ob die Möglichkeit zwischen Vertragsschluß und Eintritt der Bedingung erfolgt ist, ihr Vorhandensein zur Zeit des Eintritts der Bedingung ist nicht nötig. Dieser Bedingungseintritt ist jedoch der späteste Termin, in ihm erscheint das Schuldverhältnis so gefestigt, daß es dem unbedingten Vertrag gleichsteht und infolgedessen auch § 306 auf ihn Anwendung findet.[1]

II. Als weitere Ausnahme allgemeiner Natur wird die Möglichkeit bezeichnet, auch für Erfüllung eines nach § 306 nichtigen Vertrages kraft besonderer Garantie einzustehen. Eine Ausnahme ist dies natürlich nicht. Denn der Vertrag, der die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Schadenersatzes (und nur hierzu verpflichtet sich der Garant, kann er sich verpflichten) begründet, hat als Gegenstand eine mögliche Leistung, nämlich die Geldleistung des Interesses, findet seinen Rechtsgrund nicht in dem nichtigen Vertrage, sondern in einem gültigen Garantievertrag. Daß solche Garantieverträge vorkommen, zeigt, daß die Regelung des § 306 wohl nicht ganz die richtige ist; daß man sich aber neuerdings bemüht, eine Art gesetzliche Garantie zu konstituieren, beweist, daß die Frage des Schadenersatzes sich wohl nach total anderen Gesichtspunkten beurteilt als das Schicksal der Leistungspflicht, beweist außerdem, daß

[1] Der Ausdruck „vor“ Eintritt in § 308 Abs. 2 ist somit nicht ganz korrekt, als er den Bedingungseintritt als spätesten Zeitpunkt nicht zu berücksichtigen scheint, eine Folgerung ist aus seiner Fassung nicht zu ziehen, der Ausdruck des ihm entsprechenden § 345 des ersten Entwurfs lautete: ..... seine Wirksamkeit jedoch davon abhängig, daß bis zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist.

für die Frage des Schadenersatzes das Mittel des § 307 schwächlich und wenig brauchbar ist. Auf diesem Gebiet aber liegt die interessanteste Entscheidung, die die Judikatur, die sich mit den Fragen ursprünglicher Unmöglichkeit seltener zu beschäftigen hat, in dieser Frage gefällt hat, doppelt interessant deshalb, weil der französische Gerichtshof in Bordeaux über einen gleichen Fall entgegengesetzt entschieden hat. Es handelte sich beide Mal um folgende Sachlage: Es wurde an Land ein Kaufvertrag über eine schwimmende Ware abgeschlossen. Beide Mal war die Ware irrtümlich nicht verladen worden. Die Courte Bordeaux erklärte den Kauf für nichtig, das Hamburger Oberlandesgericht aber behauptet, der Verkäufer habe dafür zu haften, daß die Ladung auch wirklich verschifft sei. „Der Verkäufer steht, wie billig, für seine Informationen und seine darauf hin abgegebenen Erklärungen ein, da anderenfalls dem Käufer ein von ihm nicht nachprüfbares Risiko aufgebürdet würde. Denken wir an den betrügerischen liber homo zurück, an das so richtige (von Krückmann[1] so sehr zu Unrecht fadenscheinig genannte) Argument, mit dem die Pflicht zu positivem Interesse begründet wurde: quia difficile dignosci potest, so werden wir sagen: Das Hamburger Gericht hat zwar nach den Regeln unseres BGB. falsch entschieden, denn nur das negative Interesse des § 307 durfte zugebilligt werden, falls eine Fahrlässigkeit nachgewiesen wurde, das Resultat ist glücklich und gut.[2] [3]

[1] Krückmann S. 1.

[2] Die Bedenken, die Krückmann, Jher. Jahrb. Bd. 59 S. 139 f., aus der Natur des Falles entnimmt, in dem er einen Gattungskauf erblickt, für den auch die Verladung auf dem bestimmten Schiff gleichgültig sei (er bildet z. B. den Fall, daß die Ladung wegen Havarie auf hoher See umgeladen werden mußte und fragt, ob die auf anderm Schiff schwimmende Ladung nicht derselbe Vertragsgegenstand sei), zeigen nur, daß man bei Beurteilung des einzelnen praktischen Falls wird vorsichtig sein müssen, kann aber an der prinzipiellen Entscheidung nichts ändern, da die auf „Schiff Malabar" verstaute Ladung auch als wirkliche Speziessache angesehen werden kann. Es sind dann eben nicht 100 Sack Zimmt auf Schiff Malabar, sondern die Ladung des Schiffes Malabar, die auch eventuell mehr oder weniger betragen kann, verkauft.

[3] a. M. Eckstein S. 428.

Die Haftung hat das Oberlandesgericht direkt aus Billigkeitserwägungen hergeleitet. Es findet sich in der Literatur oft die Ansicht vertreten, § 306 durch Unterstellung eines auf Garantie gerichteten Parteiwillens zu umgehen. Dies ist stets ein gefährlicher Weg, der z. B. unser ganzes Gewährschaftsrecht über den Haufen werfen könnte.[1] Daß die Haftung des § 307 durchaus nicht passend ist, ist von Krückmann und Rabel mehrmals hervorgehoben worden. Krückmann sagt ganz mit Recht, er könne keinen Unterschied darin finden, ob jemand eine Unmöglichkeit schuldhaft herbeiführe oder schuldhaft etwas Unmögliches verspreche. Die gerechte Auffassung sei vielmehr, daß auch letzterer auf das positive Interesse hafte. Dieser Gedanke ist es, der der Entscheidung des Hamburger Gerichts ihre große Bedeutung gibt. Der Schuldner, der sich als solcher dem Rechtsverkehr darbietet, ist verpflichtet, seine Leistungsfähigkeit vorher zu prüfen und nach Eingehung des Vertrages ihn zu halten. Wird der Inhalt eines Schiffes auf hoher See verkauft, so hat der Verkäufer doch sicher eine Erkundigungspflicht; schließt er den Vertrag ohne sie zu beachten, so möge er haften. Und dies wird sich gesetzlich nicht anders als durch eine den § 306 aufhebende Garantie begründen lassen. Weitergehend aber kann der Verkehr bei dem Kauf, dem eigentlichen Verkehrsgeschäft, noch größere Sicherheit geben, indem auf Schuld oder Nichtschuld nicht mehr abgestellt wird, sondern für nicht existente Gegenstände (bei relativer Unmöglichkeit) Gewährschaft geleistet wird. Diese, wie gezeigt wurde, österreichische Regelung, deren Härten (jedenfalls in Österreich) durch das Irrtumsrecht ausgeglichen werden können, hat bei uns an einer wichtigen Stelle des Kaufrechts Platz gegriffen, in § 437.

---

[1] Darüber, daß dieser Gedanke trotzdem vielfach sich als Fortbildner des Rechts erweist, s. neuestens Beispiele bei Jung, Das Probl. d. nat. Rechts, 1912, S. 1 ff.

Der Verkauf nicht existenter Forderungen und Rechte.

§ 17.

§ 437 behandelt den Verkauf von Forderungen und Rechten.[1] Er bestimmt für diesen Fall: der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts. Mit dieser Fassung unterstellt das Gesetz alle Fälle, in welchen die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Verschaffung der verkauften Forderung oder des Rechts an den Käufer nicht zu dem gewünschten Erfolge führt, den Grundsätzen der Gewährleistung für einen Mangel im Rechte, schließt also die Anwendung der Vorschriften über Unmöglichkeit für diese Käufe aus. Dies ist aber eine außerordentlich bedeutsame Durchbrechung des Prinzips der §§ 306 ff. Denn der Verkauf dieser Gegenstände steht demjenigen nicht existenter Sachen vollkommen gleich. Dies ist allerdings mehrfach geleugnet und dieser Vorschrift damit ihre Stellung als Ausnahme von den allgemeinen Unmöglichkeitsvorschriften abgestritten worden.[2] Es ist von den Vertretern dieser Ansicht Folgendes ausgeführt worden. Die Nichtexistenz einer Forderung oder eines Rechts sei nicht in dem Sinne einer nicht existierenden Sache von der Existenz ausgeschlossen, sondern könne, z. B. die veräußerte, aber nicht bestehende Forderung durch Eingehung einer entsprechenden Obligation jederzeit entstehen. Es liege infolgedessen nicht eigentlich eine objektive Unmöglichkeit der Leistung als vielmehr ein gegenwärtiges Unvermögen vor. Dieses rechtfertige die Aufrechterhaltung eines solchen Vertrages. Dieser Ansicht gegenüber ist jedoch zu bemerken, daß eine Forderung, die erst nach Kaufabschluß von dem Verkäufer zum Zwecke der Erfüllung zur Entstehung gebracht wird, mit der veräußerten Forderung nicht identisch ist, sofern sich der Verkauf auf eine gegenwärtige, nicht auf eine künftige Forderung bezog. Es ist weiterhin folgendermaßen

---

[1] Zum Folgenden vergl. Schweitzer, Über die Grenzen von Unmöglichkeit und Unvermögen bei dem Verkauf von Forderungen. Breslauer Diss. 1910.

[2] So von Jhering Jahrb. Bd. 4 S. 70 ff., teilweise Titze, Unmöglichkeit S. 65; Rehbein, Komm. Bd. II zu § 437.

deduziert worden (Lenel, Jahrb., Bd. 19 S. 234 ff.): Ein Forderungskauf bedeute in Wirklichkeit den Kauf der dem Verkäufer geschuldeten Sache oder Summe, nur mit dem Unterschiede, daß dem Käufer nicht eine absolute, sondern nur eine relative Macht über diese zugesichert sei. Existiere nun jene Sache oder Summe in rerum natura, so liege, wenn die Forderung auf sie nicht existiere, der Fall nicht anders, als wenn eine fremde Sache verkauft worden sei und der Eigentümer sie nicht herausgibt und es ergäbe sich hieraus die Anwendung der Evictionsgrundsätze. Diese Anschauung verwechselt den wirtschaftlichen mit dem juristischen Standpunkt. Mag wirtschaftlich auch eine Sache, eine Summe gekauft sein, juristisches Kaufobjekt bleibt doch die Forderung auf sie und diese eben ist nicht vorhanden. Prinz (Krit. Überschau d. dtsch. Gesetzgeb. u. Rechtsw. Bd. 5 S. 297—299) will auf andere Weise die Existenz eines Kaufobjekts bei Verkäufen nicht existenter Forderungen nachweisen. Er stellt die Obligation als so verknüpft mit dem Schuldner hin, daß bei einem Forderungskaufe recht eigentlich der Schuldner als Objekt der Haftung für die Forderung gekauft werde, dieser aber sei existent, infolgedessen ermangle die Obligation nicht des Gegenstandes. Abgesehen von der theoretischen Anfechtbarkeit der Anschauung eines gewöhnlichen Forderungskaufes als Kaufes eines Haftungsobjektes[1] scheitert diese Deduktion an der einfachen Betrachtung, daß bei Nichtexistenz von Forderung und Schuld auch ein Schuldner oder haftender nicht vorhanden ist, da er die Eigenschaft als solcher eben erst durch die Obligation erhält. Mommsen schließlich (Unmöglichk. S. 134) gibt zwar zu, daß die Gültigkeit des Verkaufs einer nichtexistenten Forderung oder eines solchen Rechtes theoretisch dem Verkaufe einer nichtexistenten Sache gleichstände, verlangt daher aber auch prinzipielle Nichtigkeit desselben und rechtfertigt die Gültigkeit nur dadurch, daß er Unzuträglichkeiten von einer verschiedenen Behandlung nichtexistenter und durch Ein-

---

[1] Hier eröffnet sich ein interessanter Vergleich mit unserer Verkehrshypothek, deren Kauf tatsächlich kaum etwas anderes darstellt.

reden entkräfteter Forderungen — deren Kauf gültig sein müßte — befürchtet. Nur aus diesem Grunde sei es zweckmäßig, den Verkauf nichtexistenter Forderungen und Rechte ebenfalls für gültig zu erklären.

Was die Autoren der erwähnten Ansichten daran hinderte, die Gültigkeit des Kaufs nichtexistenter Forderungen und Rechte als das zu betrachten, was sie ist, nämlich als Ausnahme von den Vorschriften über die Unmöglichkeit ist ihr prinzipieller Standpunkt der Unmöglichkeitslehre gegenüber. Der Satz i. n. o. gilt diesen Meinungen als unantastbare Wahrheit, daher ihr Bestreben, die scheinbare Ausnahme als eine in Wirklichkeit keine solche darstellende Bestimmung zu entlarven. Seine praktische Bedeutung erhält der Streit dieser Theorien, der, so wichtig er für die theoretische Erkenntnis der Unmöglichkeitslehre ist, praktisch angesichts der positiven Vorschrift des § 437 bedeutungslos zu sein scheint, in der Behandlung folgenden Falles: der Verkäufer verkauft eine Forderung, die selbst ihrerseits auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Diese Forderung kann nicht jederzeit als gültige ins Leben gerufen werden (Ihering, Titze, Rehbein), es liegt bei ihr nicht eigentlich ein Kauf einer Sache oder Summe vor, die ihrerseits existiert (Lenel), ein Schuldner der ursprünglichen Leistung, der als Haftungsobjekt gekauft werden könnte, ist angesichts der Nichtigkeit des Vertrages zwischen dem Verkäufer und diesem Schuldner nicht vorhanden (Brinz). Wer in § 437 keine Ausnahme von den Unmöglichkeitsvorschriften sieht, sondern sie als Ausdruck der erwähnten verschiedenen Theorien ansieht, muß diesen Verkauf notwendig für nichtig erklären. Nicht so die Anschauung, welche das Prinzip der Unmöglichkeitslehre, die Nichtigkeit des Vertrags über eine unmögliche Leistung, verwerfend, nur bestrebt sein kann, den Ausnahmen Fälle zu unterstellen, nicht solche zu entziehen. Sie wird auch diesen Kauf, bei welchem die Schutzbedürftigkeit des Käufers ebenso gegeben ist wie bei dem gewöhnlichen Forderungskauf unbedenklich für gültig erklären. Grundlegend hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit wird nur stets auch hierbei die Unterscheidung von absoluter und relativer Unmöglichkeit sein.

Das Reichsgericht hat diesen Gegensatz in zwei Entscheidungen[1] verkannt. In dem einen Fall war ein Patentlicenzvertrag geschlossen, auf eine Zeit, die über die Dauer des Patents hinausging. Das Reichsgericht erklärte das Geschäft in seinem letzten Teil und mangels Erkennbarkeit entgegengesetzter Absicht der Parteien nach § 139 das ganze Geschäft auf Grund von § 306 für nichtig. Dem ist nicht beizutreten. Ein Patent ist ein Recht, das § 437 untersteht, welcher Paragraph nach § 445 auf diesen Licenzvertrag entsprechend angewendet wird. Wird ein nichtexistentes Patent verkauft, so ist positives Erfüllungsinteresse zu leisten, was bei der leichten Möglichkeit nachträglicher Nichtigkeitserklärung hier ganz besonders bedeutsam wird.[2] Ein Anlaß aber, diesen Fall nicht unter § 437 zu subsumieren, liegt nicht vor, da das Patent ein in unserem Rechtsleben enthaltenes Recht darstellt. Denselben Fehler der Subsumtion eines dem § 437 unterstehenden Rechtes unter § 306 machte das Reichsgericht[3] noch in einem anderen Fall, der den Verkauf eines nicht schutzfähigen Gebrauchsmusters betraf. Wieder wurde vom ersten Senat Nichtigkeit angenommen, ein Ergebnis, das allerdings der zweite Senat in einem anderen Fall[4] zurückwies. In der Tat liegt der Fall ebenso wie derjenige des Verkaufs eines nichtexistenten Patents: relative Unmöglichkeit der Leistung eines Rechts. Auch das nicht schutzfähige Gebrauchsmuster hat, da Gebrauchsmuster als geschützte Rechte bei uns vorkommen, den Rechtsschein seiner Existenz im einzelnen Fall. In anderen Fällen hat das Reichsgericht z. B. den Vertrag über einen nichtexistenten Gesellschaftsanteil[5] einer G. m. b. H., über Kuxe einer nichtigen Gewerkschaft[6] für gültig erklärt. Gerade letztere spielten in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts eine bedeutende Rolle. Ein Vertrag über Kuxe einer nicht existierenden

[1] RGer. Bd. 51 S. 94.

[2] Kohler, Lehrb. d. Pat.R. S. 179.

[3] RGer. Bd. 68 S. 293.

[4] s. darüber Düringer in Lpz.Z. 1909, S. 674.

[5] Recht 1909 Nr. 1977.

[6] RGer. 73, S. 54.

oder nicht genehmigten Gewerkschaft (jüngere) wird für nichtig erachtet.[1] Für ältere Gewerkschaften dürfte die Entscheidung allerdings zutreffen. Eine eigentümliche Stellung nehmen die Wertpapiere ein, denn sie sind einerseits körperliche Sachen, andererseits Träger von Rechten. Die Verbindung ergibt sich durch die die Rechtsausübung betreffende Legitimation durch den Sachbesitz. Im gemeinen Recht war der Verkauf nicht vorhandener Wertpapiere streitig. Meist konnte man sich nicht von dem Gedanken ihrer Sacheigenschaft lösen und erklärte ihn für nichtig.[2] Man wird heute unbedenklich sagen können, daß sie als Objekt von Kaufgeschäften nicht als körperliche Sachen, sondern als die mit ihnen verbundenen Rechte in Betracht kommen.[3] Den Sachmängeln untersteht das Wertpapier nur, soweit das Papier in Betracht kommt. Daß aber das Wertpapier den Rechten gleich geachtet werden soll, beweist auch § 437 Abs. 2, der das Wertpapier ausdrücklich im Sinne des Kaufrechts als Recht behandelt. Was von dem Kauf von Forderungen und Rechten gilt, greift auch bei anderen entgeltlichen Veräußerungen Platz.[4]

Zusicherung nichtvorhandener Eigenschaften beim Kaufe.

§ 18.

Zweifelhaft kann es sein, inwieweit § 459 Abs. 2 als Ausnahme von § 306 anzusehen ist. Die Ausnahme könnte darin erblickt werden, daß dieser Paragraph, welcher den Verkäufer einer Sache dafür haftbar macht, daß die Sache zur Zeit des Übergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat, keinen Unterschied für den Fall macht, daß diese Eigenschaften schon beim Vertragsschluß nicht vorhanden waren, und demjenigen, daß sie erst später

[1] So z. B. das ROHG. Bd. 18 S. 270, Bd. 21 S. 269, Bd. 23 S. 317.

[2] So z. B. das ROHG. Bd. 16 S. 151 bezüglich eines nichtigen Wechsels. Sei auch der Verkauf von Forderungen gültig, so zediert Girant nicht persönliche Gläubigerrechte, sondern Ansprüche, die im Wechsel selbst enthalten und verkörpert sind, an ihm haften.

[3] So auch Düringer, DJZ. 1905 S. 374 ff.

[4] Beispiel bei Bendix, Arch. f. Bürg.R. Bd. 32 S. 323 ff.

fortgefallen sind. In ständiger Rechtsprechung vertritt das RG.[1] und ihm folgend die Oberlandesgerichte die Vertragsnatur dieser Zusicherung des § 459 Abs. 2, d. h. es genügt nicht die einseitige Zusage (dicta et promissa) des Verkäufers, diese muß vielmehr angenommen und erweislich der Käufer seinem Geschäftswillen vom Vorhandensein der bestimmten Eigenschaft abhängig gemacht haben. Ist nun ein solcher Nebenvertrag über eine nicht vorhandene Eigenschaft geschlossen worden, so müßte er als über eine unmögliche Leistung (Gewährung der Eigenschaft) geschlossen nichtig sein, dennoch läßt § 459 den Verkäufer haften. Ist aber in der Zusicherung von Eigenschaften, wie sie § 459 verlangt und die sich jedenfalls von nur anläßlich des Kaufvertrages erwähnten Eigenschaften unterscheidet, überhaupt ein Kaufvertrag zu erblicken?[2] Gegen diese Auffassung hat sich mit besonderer Energie Dernburg erklärt, Örtmann[3] hat seinen Standpunkt, der auf Grund einseitiger Garantieübernahme die Haftung eintreten läßt, angenommen. Allerdings besteht gegenüber der Konstruktion des Reichsgerichts der zugesicherten Eigenschaft als positivem Vertragsinhalts das Bedenken, daß auf die zugesicherte Eigenschaft geklagt und eventuell Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden könnte. Dies ist aber nach BGB. nicht der Fall. Dieses gibt nur Gewährleistungsansprüche, also nicht einen solchen auf Erfüllung und Schadenersatz nur im Fall des § 463. Trotzdem kann als Haftungsgrund die rein einseitige Zusage als zu unkontrollierbar und dem Irrtum einer Verwechselung durch die Gegenpartei mit bloßen Angaben ausgesetzt, nicht anerkannt werden. Der Vertrag hat vielmehr nur keinen positiven, sondern einen negativen Inhalt. Dieser Inhalt aber ist eine vertraglich ausgemachte Garantie für das Fehlen besonderer Eigenschaften, die sonst nicht eine Gewährschaft begründen

[1] z. B. Bd. 54 S. 223, Seuffert Bd. 60 S. 8, Gruchot Bd. 48 S. 593 ff.

[2] Das Allgemeine Landrecht sprach § 325 I, 5 von einer Gewähr für ausdrücklich vorbedungene unrichtige Eigenschaften, stand also auf dem Standpunkt eines Vertrages.

[3] Örtmann, Bem. zu § 459.

würden. Es ist mithin eine Klage auf Erfüllung ausgeschlossen, und dieser Fall eben ausdrücklich dem Gewährschaftsrecht unterstellt. In diesem Sinne ist er auch bei einer von vornherein vorliegenden Nichtexistenz der betreffenden Eigenschaft ein Garantievertrag, daß auch dies als Fehler angesehen werden soll, wesensgleich demjenigen, der auch im Fall des § 306 eine Befreiung ausdrücklich ausschließt, auch in diesem Fall die Haftung begründet. Er geht gleich diesem von vornherein auf eine mögliche Leistung, nämlich auf Ersatz.

Das negative Vertragsinteresse des § 307.

§ 19.

Es ist nunmehr noch in eine Betrachtung des § 307 einzutreten. Dieser Paragraph macht denjenigen, der bei Abschlusse des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, für den Schaden haftbar, den der andere Teil durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat, falls nicht auch dieser andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte. Es kommt für unser Thema weniger darauf an, was zu ersetzen ist,[1] als vielmehr die Frage, ob und inwieweit das Dogma des § 306 durch die Vorschrift des § 307 durchbrochen wird, d. h. ob trotz Unmöglichkeit des Inhalts der Vertrag in Wirklichkeit gültig ist. Selbstverständlich könnte es sich um keine bewußte Durchbrechung handeln, ist doch das negative Interesse gerade als das ausgleichende Moment bei nichtigen Verträgen gedacht, aber es könnte wissenschaftlich ein unbewußtes Abgehen von dem Gedanken der Nichtigkeit aufgedeckt werden.[2] Hier stehen zwei Wege offen. Das Interesse des § 307

[1] Über den Umfang des negativen Interesses s. besonders Rabel (Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. 27, N. F.), der auch besonders die zum Zweck des Vertragsabschlusses und die anläßlich des Vertragsabschlusses gemachten Aufwendungen auf ihr Verhältnis zum negativen Interesse untersucht.

[2] Daß das nichtige Rechtsgeschäft ein „Nichts“ ist, kann ja überhaupt nicht ernstlich behauptet werden. Tatsächlich ist es jedenfalls von einem Nichts verschieden, was schon daraus erhellt, daß es Grundlage einer Bestätigung (§ 141) und Konversion (§ 140) werden kann, näheres s. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 139.

kann als Normalfall des negativen Interesses betrachtet werden, und dieses überhaupt daraufhin untersucht werden, inwieweit es den Grundsatz der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts durchbricht. Der zweite Weg ist derjenige, den Fall des § 307 in Vergleich zu setzen mit den anderen Fällen des negativen Vertragsinteresses, um zu beweisen, daß er sich den allgemeinen Begriff nicht eigentlich unterordnet, vielmehr ein Ergebnis anderer dunkel mitspielender Erwägungen als der Nichtigkeit des Vertrages ist und somit einen Beweis liefert für die prinzipielle Unrichtigkeit des Dogmas. Den ersteren Weg sind Krückmann und Fischer[1] gegangen, den letzteren Rabel. Rabel[2] behauptet: „Die Ersatzpflicht des Promittenten ist im Fall des § 307 ein Rest nicht bloß des Vertragsabschlusses, sondern des Vertragsversprechens, die des Promissars stammt aus seinem Versprechen der Gegenleistung," er sieht also in dem Interesse des § 307 nur ein verkümmertes positives Interesse und damit eine unbewußte Durchbrechung des § 306.

Seine Deduktion ist folgende: Eine culpa in contrahendo braucht in den Fällen des negativen Interesses nicht vorhanden zu sein. Beweis: Daß in einzelnen Fällen ein Verschulden nicht verlangt wird. (Für das deutsche Recht §§ 122, 179 Abs. 2.) Zwar sei auch in diesen Fällen von manchen Gesetzbüchern Verschulden für erforderlich erachtet worden, so betreffs § 122 für die Schweiz Fahrlässigkeit, für den falsus procurator eben solches durch das Allgemeine Landrecht arg. § 284 I, 5. Aber jedenfalls zeige die verschiedene Behandlung, daß das Verschulden nicht zum Wesen des negativen Interesses gehöre. Eine Pflicht brauche also durch die Eingehung des Vertrages nicht verletzt zu werden, sie könne nicht Rechtsgrund der Haftung sein. Dieser sei vielmehr nicht in der Erregung des Vertrauens, als in der Enttäuschung zu erblicken, die für § 179 Abs. 2 in der Behauptung der Vertretungsmacht, für § 122 in der Anfechtung liegt; für das Schweizer Recht kommt

[1] Krückmann, in Iher. Jahrb. B. 59 S. 260 ff., Fischer, Unmöglichk., I S. 26 und 65 ff.

[2] Rabel, a. a. O. S. 323.

noch der Widerruf der Auskündigung § 8 Schweizer. Oblig.Recht in Betracht. Diese enttäuschende Handlung bildet also den Rechtsgrund der Haftung. Bei § 307 liege eine solche enttäuschende Handlung des einen Kontrahenten nicht vor, eine Behauptung z. B. der Möglichkeit braucht von keinem der Teile geäußert zu sein. Die Pflicht zur Leistung des negativen Vertragsinteresses könne also hier nicht als Gegenpflicht der enttäuschenden Handlung, die für sie den Rechtsgrund bildet, entstehen. Es ist ein außerhalb der Parteien liegendes Ereignis, die Unmöglichkeit, die den Vertrag vernichtet. Sie ist also der Rechtsgrund für die Verbindlichkeit, die § 307 auferlegt, bildet somit ein dem § 306 ganz fremdes Element, und ist nur als Konzession an den richtigen, den § 306 zuwiderlaufenden Gedanken zu verstehen, daß die Verpflichtung zu einem inpossibile nicht immer unwirksam ist.

Von dem Gedanken ab, daß die enttäuschende Handlung (also z. B. die Anfechtung) den Rechtsgrund der Haftung bilde, kann den Folgerungen Rabels nicht beigetreten werden. Rabel verwechselt hier, wie schon anläßlich seiner (sonst berechtigten) Kritik[1] der Rechtsverwandlung condicio sine qua non und Rechtsgrund, causa efficiens. Sein Schluß ist dort: Der Schaden sei der Rechtsgrund der Schadensersatzforderung, sein Schluß ist hier: Die enttäuschende Handlung sei Rechtsgrund der Haftung auf das negative Interesse. Dies ist aber beides unrichtig. Ohne die Anfechtung, d. h. die Enttäuschung, kann freilich das negative Interesse, ohne die Entstehung des Schadens bei verletztem Vertrage kann freilich die Schadensersatzforderung nicht ausgelöst werden, sie sind notwendige Bedingungen für beide, aber sie bilden nicht den Rechtsgrund der Ansprüche. Krückmann[2] bekämpft nur den zweiten Punkt, Schaden als Rechtsgrund der Schadensersatzforderung, aber es gilt ganz das gleiche hier wie dort. Krückmann deduziert folgendermaßen: „Ist es richtig, daß der Grund eines Rechts ein rechtlicher Grund sein muß, daß also der Grund eines rechts-

[1] Festschr. f. Bekker, S. 15 ff.

[2] Krückmann, Iher. Jahrb. Bd. 59 S. 272.

geschäftlichen Anspruchs z. B. auf Leistung des Versprochenen nur das betreffende Rechtsgeschäft sein kann, so kann man einem rechtsgeschäftlichen Anspruch nicht zwei gleichwertige Gründe, d. h. kausalrechtlich gesprochen, zwei Mitgründe geben, von denen der eine ein rechtlicher, der andere aber nur ein bloß tatsächlicher, die schädigende Handlung ist (bezw. beim Leistungsanspruch die Tatsache des Vertragsabschlusses). Solange Rabel anerkennt, daß der Schadensersatzanspruch des Gläubigers ein rechtsgeschäftlicher und kein deliktischer ist, solange darf er die bloße Schaden stiftende Handlung nicht als Mitgrund neben das Rechtsgeschäft setzen." Das gleiche gilt hier. Die Tatsache der schädigenden (enttäuschenden) Handlung als Rechtsgrund einer Verpflichtung kommt nur bei Delikten vor. Indem Rabel in ihr (also der Anfechtung, dem Widerruf) den Rechtsgrund der Haftung erblickt, muß er in der Anfechtung, in dem Widerruf 2c. ein Delikt sehen, wogegen er sich aber in der ganzen Abhandlung verwehrt. Die Folgerung ist nicht zu vermeiden. Sie ist aber unrichtig, denn ein gesetzlich gestattetes Mittel kann sich nicht als ein Delikt darstellen. Die schädigende Handlung ebenso wie die Anfechtung, oder das Vorliegen der Unmöglichkeit sind aber eben nicht der Rechtsgrund der Haftung, können es als bloße Tatsachen nicht sein, sofern sie nicht Delikte sind, aber sie sind etwas für die Auslösung der betreffenden Ansprüche eminent Wichtiges, die condicio sine qua non. Ohne Schaden keine Schadensersatzforderung, aber Rechtsgrund: Das Rechtsgeschäft; ohne Anfechtung, Unmöglichkeit, kein nichtiges Geschäft, keine Enttäuschung, kein negatives Interesse, aber der Rechtsgrund ist damit noch nicht erklärt und auf dem Gegensatz von Parteihandlung in den Fällen der §§ 122, 179 Abs. 2, und äußerem Ereignis in § 307 ist kein Unterschied aufzubauen, in ihrer Natur als condiciones sine qua non sind sie völlig gleichartig. Wie auch der Rechtsgrund aber beschaffen sein möge, daß er den rechtsgeschäftlichen Ansprüchen zum mindesten nahestehe, gibt auch Rabel[1] zu. Er nennt ihn

[1] Rabel a. a. O. S. 325.

das schwächere Surrogat des Erfüllungsinteresses, welches den rechtsgeschäftlichen Ansprüchen jedenfalls im Ziel verwandt sei:

Die rechtsgeschäftliche Natur des Anspruchs auf negatives Vertragsinteresse ist denn auch von Krückmann[1] stark betont, besonders aber von Fischer[2] unter ausdrücklicher Billigung der Ansicht Krückmanns durch ein durchschlagendes Argument erwiesen worden.[3]

Krückmann stellt zur konstruktiven Erfassung des negativen Interesses folgende Deduktion auf: Es steht neben der Haftung aus der Willenserklärung eine Haftung auf den Bestand der Willenserklärung. Daß das Gesetz glaubt, bei Wegfall der Haftung aus der Willenserklärung müsse das ganze Geschäft nichtig sein, beruht auf einer unrichtigen Vorstellung des Forderungsrechtes, das sich in Wirklichkeit nicht in dem Anspruch erschöpft. Deshalb irrt das Gesetz, wenn es z. B. im Fall des § 306 von Nichtigkeit des ganzen Vertrages spricht, denn in Wirklichkeit ist nur ein Teil nichtig, und seine Nichtigkeit bildet die condicio sine qua non für die Auflösung des anderen im Forderungsrecht enthaltenen Anspruchs, der Haftung auf den Bestand der Willenserklärung. Diese Haftung weicht nun von der gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Haftung dadurch ab, daß sie nicht dem § 276 untersteht, sondern in einzelnen Fällen schon die bloße Veranlassung als Schuldmaß genügt.[4] Daß aber das rechtsgeschäftliche Forderungsrecht sich nicht in dem Anspruch erschöpft, vielmehr (gleich dem Eigentum im Sachenrecht) die Quelle einer großen Anzahl von Befugnissen ist, beweist er durch die Beispiele der Kündigung, Stundung, Erlaß, Tilgung durch Annahme rc.[5] Denkt man sich in diese qualitative Teilung hinein, so fällt es auch nicht schwer, die beiden Ansprüche

---

[1] a.a. O. S. 265 ff.

[2] Fischer, Unmöglichk. I S. 65.

[3] In den Ausführungen Eckteins a.a. O. S. 427 ff. haben wir trotz der gegenteiligen Versicherung wie überhaupt so auch in dieser Frage eine neue juristische Erkenntnis nicht finden können.

[4] s. a. Meyer, Publizitätsprinzip S. 81.

[5] Genaueres Krückmann, Zeitschr. f. ZP. Bd. 34 S. 359 ff.

auf das positive und das negative Interesse im Rahmen eines Rechtsgeschäfts beide als rechtsbedingte aufzufassen, ersterer wird ausgelöst durch die schädigende Handlung der Vertragsverletzung, letzterer durch die Nichtigkeit der Hauptverpflichtung. Rechtsgrund beider ist das Rechtsgeschäft. § 306 vernichtet also in Wirklichkeit nur einen Teil, nicht den ganzen Vertrag, sein Ausdruck, der Vertrag ist nichtig, ist zum mindesten ungenau und wird durch § 307 korrigiert.[1]

Die Anschauung des negativen Interesses als eines rechtsgeschäftlichen Anspruches wird durch folgende Deduktion O. Fischers voll erwiesen: Er konstruiert den Fall, daß ein Vertrag über eine ursprünglich unmögliche Leistung, welcher formbedürftig ist (man denke beispielsweise an einen Kaufvertrag über ein inzwischen untergegangenes — z. B. durch Überschwemmung vernichtetes — Grundstück) und welcher dieser Form entbehrt. Der Vertrag enthält zwei Fehlerquellen: Die Formlosigkeit und die Unmöglichkeit, beide haben die Nichtigkeit zur Folge. Der über die Unmöglichkeit unterrichtete Schuldner wendet dem auf Grund des § 307 negatives Interesse verlangenden Gläubiger ein, er berufe sich auf den Nichtigkeitsgrund des § 313, nach welchem der Vertrag nichtig sei, ohne die Folge eines negativen Interesses nach sich zu ziehen. Man wird

[1] Auf Grund einer solchen Auffassung des Forderungsrechts, in welchem die einzelnen Ansprüche rechtsbedingt enthalten sind, entfällt auch der Beweis, den Rabel aus der Kritik der Rechtsverwandlung für das Fortbestehen der Leistungspflicht bei nachfolgender verschuldeter Unmöglichkeit entnehmen will. Er fragt: In was verwandelt sich denn eigentlich die Leistungspflicht? und kommt zu dem Resultat: Nicht in die Schadensersatzforderung, denn § 325 gibt eine ganze Anzahl von Möglichkeiten. Richtig, aber daraus folgt noch nicht, daß die Leistungspflicht neben der Schadensersatzforderung einherlaufen muß. Diese Schadensersatzforderung, die ihren Rechtsgrund nicht in der schädigenden Handlung, sondern in dem Rechtsgeschäft hat, ist durch die schädigende Handlung aus dem Forderungsrecht, welches sie bereits rechtsbedingt enthielt, durch das Eintreten der condicio juris ausgelöst worden. Die Leistungspflicht ist untergegangen, aber das berührt das Forderungsrecht, das eben eine ganze Anzahl von Befugnissen enthält, gar nicht. Eine Befugnis ist abgeschnitten, eine andere ist ausgelöst worden.

diesen Einwand als durchschlagend erachten müssen und damit zu der Forderung gelangen, daß außer dem spezifischen negatives Interesse begründenden Fehler das Rechtsgeschäft im übrigen fehlerfrei sei, da man dem anderen Teile diese günstige Position nicht willkürlich verkümmern darf. Bei einem Rechtsgeschäfte aber, das einer ganzen Anzahl rechtsgeschäftlicher Erfordernisse genügen muß, um einen bestimmten Anspruch zur Entstehung zu bringen, welches allen Erfordernissen der Gültigkeit eines Geschäfts mit seinem spezifischen Inhalt entsprechen muß, zu behaupten, daß nur die Tatsache eines nichtigen Vertragsabschlusses unter Außerachtlassung des Inhalts des geschlossenen Vertrages den Schadenersatz bewirke, ist widersinnig. Das Rechtsgeschäft selbst, welches verletzt worden ist, bildet vielmehr den Rechtsgrund der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses.[1]

Die Schadenersatzforderung des § 283.

§ 20.

Eine weitere Rechtsfolge des Vertrages über eine unmögliche Leistung und damit ein Beweis gegen seine Nichtigkeit könnte noch aus § 283 BGB. entnommen werden. Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger seinem Schuldner nach dessen rechtskräftiger Verurteilung eine Frist zur Bewirkung der Leistung setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Annahme dieser Leistung ablehne; nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann der Gläubiger Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Diese Rechte stehen dem Gläubiger natürlich auch zu, wenn der Schuldner aus dem an sich nach § 306 nichtigen Vertrage in Unkenntnis

[1] Auf diesen Schadenersatzanspruch können infolgedessen auch unbedenklich die allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz Anwendung finden, so daß das RGer. in einem Falle (JW. 1913 S. 539), in welchem der durch Irrtumsanfechtung seitens des anderen Teils Geschädigte diesen Irrtum selbst verursacht hat (ohne daß Arglist vorläge und infolgedessen durch Anwendung von § 123 die Ersatzpflicht des § 122 so wie so nicht Anwendung fände), nicht erst der Heranziehung einer exceptio doli generalis bedurfte, um den Ersatzanspruch abzulehnen, sondern mit § 254 hätte zum Ziel gelangen können.

dieser Nichtigkeit zur Leistung verurteilt worden ist. In diesem Recht des Gläubigers auf Schadenersatz könnte die Rechtsfolge des Vertrages erblickt werden.

Dieser Fall bietet jedoch in Wirklichkeit keine Besonderheit. Geht man zunächst der Natur des Schadenersatzanspruches nach § 283 nach, so kann vorerst fraglich sein, ob er seinen Ursprung in dem ursprünglichen Rechtsgeschäft oder vielmehr in dem ergangenen Urteil hat. Diese Frage ist jedoch im ersteren Sinne zu entscheiden. Denn es ist die Wirkung des Urteils und der Grund der Verpflichtung zu scheiden. Das Urteil oder richtiger die Tatsache eines Urteils hat privatrechtliche Nebenwirkung (s. zu diesen Fragen Kuttner, Über die privatrechtl. Nebenw. des Zivilurteils, 1908; Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, S. 94 ff.), sogenannte Tatbestandswirkung, d. h. ihr Tatbestand muß erfüllt sein, um einen gewissen privatrechtlichen Anspruch auszulösen, etwa wie der urteilsmäßig festgestellte Anspruch erst in 30 Jahren verjährt. Dieser Anspruch entspringt damit aber nicht dem Urteil selbst und es fragt sich nur, wie im Falle des § 283 BGB. das Verhältnis des Schadenersatzanspruches zu dem ursprünglichen rechtsgeschäftlichen Anspruch aufzufassen ist. Dieses Verhältnis ist konstruktiv nicht dahingehend zu erfassen, daß der ursprüngliche Anspruch sich durch das Urteil in eine Judikatsforderung verwandelt habe und diese Judikatsforderung sich gleich einer gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Forderung unter bestimmten Voraussetzungen (Fristsetzung, fruchtloser Ablauf) in eine Schadenersatzforderung umgewandelt habe. Denn eine solche Verwandlung der ursprünglichen Forderung durch das Urteil findet nicht statt (in eine Diskussion dieser lebhaften Streitfrage kann hier nicht eingetreten werden, statt aller vergleiche Hellwig, Syst. S. 767 ff.), der urteilsmäßig festgestellte Anspruch ist vielmehr mit den ursprünglich rechtsgeschäftlichen identisch. Die Besonderheit des Falls des § 283 liegt nur darin, daß der Anspruch nicht alsbald zur Grundlage eines Titels wird, um als solcher eine folgende Zwangsvollstreckung zu beherrschen, sondern daß sich die

Umwandlung in den Schadenersatzanspruch als Zwischenglied zwischen Anspruch und Zwangsvollstreckung schiebt. Hat ein ursprünglich rechtsgeschäftlicher Anspruch infolge ursprünglicher Unmöglichkeit nach § 306 nicht bestanden, so konnte er sich natürlich an sich auch nicht verwandeln, wenn aber trotzdem der Schuldner verpflichtet ist, Schadenersatz zu leisten, so bietet dieser Fall keine Besonderheiten gegenüber dem allgemeineren eines unrichtigen Urteils überhaupt, auf Grund dessen ein Schuldner zu einer Leistung verurteilt worden ist, die er nicht schuldet. Dies ist der einzige Fall, in welchem das Urteil mit rechtsgestaltender Kraft einen Anspruch gegen den Schuldner schafft. Die Frage, ob dieser derart geschaffene Anspruch durch das zu einer unmöglichen Leistung verurteilende Urteil sofort ipso iure als Schadenersatzanspruch in die Welt tritt, oder als Anspruch auf Leistung ist außerordentlich bestritten, kann aber für unser Problem beiseite gelassen werden.

Als Endergebnis der Lehre von der Unmöglichkeit ihrer Einwirkung auf Verträge nach BGB. ist also festzustellen, daß die getroffene Regelung unzweckmäßig ist. Einerseits findet die im Erfüllungszeitpunkt mögliche Leistung keine Berücksichtigung, andererseits erscheint Nichtigkeit des Vertrages mit der Zubilligung nur negativen Interesses selbst bei Arglist als unbillig; die Ausnahmen sind größtenteils nicht dogmatisch der Lehre eingefügt, sondern kritiklos dem römischen Recht entnommen, die Auffassung des § 307 als einer Durchbrechung der Nichtigkeit hat für diese Frage nur theoretisches Interesse.[1]

Einseitige und gesetzliche Verbindlichkeiten.

§ 21.

Es bleibt nach den Verträgen noch ein Blick zu werfen auf die einseitig verpflichtenden Obligationen einerseits, die gesetzlichen Obligationen andererseits; die Verpflichtungen, die aus unerlaubter

---

[1] Die praktische Bedeutung für eine andere Frage liegt in dem Beweis der rechtsgeschäftlichen Natur des negativen Interesses, dieses ist für die Verjährung von Wichtigkeit.

Handlung entstehen, sind eine Unterart der ex lege auferlegten Verpflichtungen. Daß bei der erstgenannten Gattung, z. B. der Auslobung, der Stiftung, sehr wohl eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung ebenso wie bei einem Vertrage vorkommen kann, dürfte sicher sein. Ebenso aber auch, daß diese einseitigen Schuldverhältnisse den Verträgen gleichzustellen sind. Dieses zeigt auch ein Blick auf die historische Entwicklung. Der Entwurf erster Lesung sprach die Gleichstellung in § 343 aus mit der Bestimmung: Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gesetz als verbindlich anerkannt, so finden auf das daraus entstehende Schuldverhältnis die für Schuldverhältnisse aus den Verträgen geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. Die Sitzungsprotokolle der zweiten Lesung heben hervor: Dieser Satz sei von der Kommission nur deshalb gestrichen worden, weil er selbstverständlich sei. Dem dürfte beizutreten sein. Selbstverständlich findet auch § 307 entsprechende Anwendung. Dies ist durchaus nötig, da man sich auf die Gültigkeit der Auslobung ebenso muß verlassen dürfen, wie auf die eines Vertrages. Darum ist es auch nur ein durchaus richtiger Gedanke, wenn das Schweizer Obligationenrecht § 8 zwar den Widerruf der Auskündigung gestattet, aber den Widerrufenden auf das negative Interesse haftbar macht.

Betreffs der Verpflichtungen ex lege meint Mommsen (Unmöglichkeit S. 104), es könne in denjenigen Fällen, in welchen der Gegenstand der Obligation durch eine Rechtsvorschrift festgestellt wird, von einer sogleich vorhandenen Möglichkeit nicht die Rede sein. Ein solcher Fall ist allerdings schwer zu denken und in mehreren Stellen hat das BGB. denn auch für Fälle, in denen eine solche Unmöglichkeit eintreten könnte, vorbeugend Fürsorge getroffen. Ein solcher Fall ist z. B. in den §§ 752, 753 BGB. gegeben, in welchen prinzipiell die Teilung der Gemeinschaft in Natur zu erfolgen hat, für den Fall aber, daß eine solche Teilung ausgeschlossen ist (also ein Fall der Unmöglichkeit), anderweitige Bestimmungen Platz greifen. Eine solche Vorschrift enthält weiter-

hin § 251, der die Pflicht zur Naturalherstellung, wie sie § 249 BGB. statuiert, dahin modifiziert, daß, soweit die Herstellung nicht möglich ist, der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen hat. Vielleicht kann hier auch § 681 BGB. herangezogen werden, nach welchem der Geschäftsführer ohne Auftrag dem Geschäftsherrn, soweit es tunlich ist, die Geschäftsführung anzuzeigen hat. Durch den schmiegsamen Maßstab der Tunlichkeit wird vermieden, daß im Falle der zeitweiligen Verhinderung des Geschäftsführers eine Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung aufgestellt würde.

Die Unmöglichkeit in ihrer Einwirkung auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften von Todes wegen.

§ 22.

Die Verfügungen von Todeswegen sind unter anderen Gesichtspunkten zu betrachten, als die Verträge, da das Verkehrsbedürfnis, welches danach streben muß, den Vertrag mit Interessehaftung aufrecht zu erhalten, hier keine Rolle spielt. Wenn beide Fälle sich dennoch im Resultat vielfach berühren, wenn also auch das Erbrecht danach strebt, ein Vermächtnis trotz Unmöglichkeit der Leistung aufrecht zu erhalten, dem Vermächtnisnehmer sei ein Vorteil zu sichern, so folgt dies aus einem anderen Grunde, nämlich dem favor testamenti.[1] Ist es bei den Verträgen die Gegenpartei, um derentwillen das Prinzip der Nichtigkeit schon im geltenden Recht stellenweise durchbrochen wird, so ist es hier das Interesse dessen, der, wenn auch die eigentliche Leistung unmöglich ist, doch jedenfalls einen Freigebigkeitsakt an den Bedachten bewirken wollte, welches in mannigfachen Ausnahmen wahrgenommen wird.

---

[1] s. auch Demolombe XXII, 340: Le principe qui domine toute cette matière c'est que la disposition testamentarie doit être exécutée à moins d'un obstacle de droit ou de fait.

I. Das römische Recht.

§ 23.

1. Beurteilungszeitpunkt der Unmöglichkeit. Das römische Recht erklärte Legate für nichtig, die auf eine zur Zeit der Errichtung des Testaments unmögliche Leistung gerichtet waren. Auch das Legat einer res sacra war (im Gegensatz zum Kauf, s. oben) nichtig. l. 39 § 7 D. de leg. I. Es war dies der Sinn der regula Catoniana, von der Celsus l. 1 pr. D. 34, 7 aussagt: Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere. Es ist dies ein im Sinne der strengen Auffassung durchaus korrekter Standpunkt. Das Testament ist ein Rechtsgeschäft,[1] schon im Augenblick seiner Errichtung,[2] es ist nicht erst eine durch den Tod des Erblassers wirksam werdende Willenserklärung; als Zeitpunkt für die Beurteilung seiner Anordnungen ist streng genommen derjenige der Errichtung der gegebene.[3] So wird z. B. das von einem paganus errichtete Testament nur als paganes angesehen, selbst wenn der paganus später Soldat wird, so hat auch die regula Catoniana nur konsequent den Zeitpunkt der Errichtung im Auge.[4] Eine

---

[1] In dieser Natur allerdings von den Römern wohl nicht immer ganz klar erkannt, s. Mitteis, Röm. Priv.R. S. 136.

[2] s. dagegen Zitelmann, Irrt. und Rechtsgesch. S. 294, gegen Karlowa, Rechtsgesch. S. 7, 48 ff.

[3] s. Kohler in Grünhuts Zeitschr. S. 737.

[4] Interessant sind Kohlers (a. a. O. S. 738, 39) Hinweise auf Schwierigkeiten der französischen Jurisprudenz bezüglich des Beurteilungszeitpunkts testamentarischer Bestimmungen, entstanden an der Notwendigkeit der Anerkennung natürlicher Kinder in öffentlichen Urkunden. Ist eine solche im Testament erfolgte Anerkennung revokabel? Er zitiert Demolombe, Cours de code Napol. V Nr. 455: le testament n'est qu'un projet; rien n'est achevé, rien n'est acquis à personne, und Laurent, Principes de droit civil IV nr. 85: toutes les disposions toutes les declarations du testateur ne sont encore qu' un projet au moment où l'acte se passe, elles n'existent réellement que lors de sa mort, und er weist mit Recht darauf hin, daß dies unrichtig sei, da zum Widerruf ein neues Testament oder ein Kassierungsakt notwendig sei, daß also das Testament sofort rechtliche Bedeutung hat,

Ausnahme machen die bedingten Vermächtnisse. Der Beurteilungszeitpunkt ist hier auf den Eintritt bezw. Ausfall der Bedingung hinausgeschoben. So l. 41 § 1 D. deleg. I: Sed si sub condicione legetur poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore res mea non sit, vel aedibus juncta non sit,[1] secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt. (Auf Legate, quorum dies non mortis tempore sed post aditam cadit hereditatem bezieht sich die Regel überhaupt nicht.) Die Zweckmäßigkeit der regula Catoniana wurde schon im gemeinen Recht angefochten. So sagt Mommsen:[2] „Wenn wir nur inneren Gründen zu folgen hätten, könnte es sich sogar fragen, ob nicht ausschließlich auf den letzteren (d. h. den Zeitpunkt des Todes des Erblassers) zu sehen sei" und weiterhin „da der Wille des Erblassers, wenn er gleich faktisch schon zur Zeit der Testamentserrichtung ausgesprochen ist, doch rechtlich nur insofern in Betracht kommt, als er noch zur Zeit des Todes des Testators unverändert fortbesteht".

2. Da nach römischem Recht der Beurteilungszeitpunkt für die Gültigkeit des Legats mit demjenigen des Todes des Erblassers auseinanderfällt, dies aber bei uns nicht der Fall ist, so muß zur Vorbereitung der Bestimmungen unseres Gesetzbuches ein Blick auf die Bestimmungen des römischen Rechts geworfen werden, die die Schicksale des vermachten Gegenstandes zwischen Errichtung und Erbfall betreffen, bei denen also für das römische Recht allerdings von einer ursprünglichen Unmöglichkeit mit Nichtigkeitswirkung für das Legat nicht die Rede sein kann. Das Legat wird in solchen Fällen nicht schlechthin unwirksam, sondern es tritt nach dem vermuteten Willen des Erblassers vielfach ein Surrogat an die Stelle

---

da es einer besonderen Gegenaktion bedarf. Die Ansicht Demolons wird denn auch von Aubry und Rau, Cours de code civil VI p. 183, bekämpft, sie betonen die rechtsgeschäftliche Natur des Testaments.

[1] Fall eines im öffentlichen Interesse verbotenen Legats, nicht Unmöglichkeit durch Verbindung gleich § 2172 BGB., Analogie eher: §§ 912 ff.

[2] Mommsen, Unmöglichk. S. 111 Anm. 16.

der Leistung. Für unser Recht sind diese Fälle solche ursprünglicher Unmöglichkeit, die, weil mit Surrogatinhalt aufrecht erhalten, als Ausnahmen des Prinzips der Nichtigkeit des Legats bei Unmöglichkeit der Leistung angesehen werden müssen. Es schiebt sich allerdings in die Betrachtung dieser Vorschriften eine von Möglichkeit und Unmöglichkeit ganz absehende Frage, es ist die, inwieweit der Testator durch eigene den vermachten Gegenstand vernichtende Handlung einen stillschweigenden Widerruf des Vermächtnisses, eine ademtio legati vorgenommen hat. In diesem Falle wird nicht durch das Unmöglichwerden der Leistung sondern durch den darin zum Ausdruck gekommenen Willen des Testators das Vermächtnis hinfällig. Scheidet ein solcher Wille des Testators aus, so ergeben sich für das römische Recht folgende Fälle der Unmöglichkeit einer Leistung des Vermächtnisgegenstandes mit Eintritt einer Surrogation.

1. Der Erblasser hat den Erlös einer vermachten, dann aber von ihm eingezogenen, also untergegangenen Forderung gesondert aufbewahrt, pro deposito habuit l. 11 § 13 D. de legatis III. Ulpian antwortet: putari fideicommissi petitionem superesse. Die Hinzufügung des Satzes: Weil der Schuldner ihm die Erfüllung ja angeboten hat und er sie also empfangen mußte, will eine Ademtion des Erblassers noch besonders abwehren.

2. Eine Streitfrage der römischen Juristen war es, inwieweit die Vermischung, Verbindung, Verarbeitung als Unmöglichkeit der Leistung anzusehen sei. Die Entscheidungen betreffen hauptsächlich den Fall der Spezifikation. Eine Meinung ging dahin, das Vermächtnis erlöschen zu lassen, so l. 88 D. de legatis III Paulus: Lana legata vestem quae ex ea facta sit, deberi non placet. Eine andere Meinung ließ das Vermächtnis trotz Veränderung des Inhalts fortbestehem, so entscheidet Ulpian l. 44 § 3 D. de legatis I in einem Fall, in welchem der Testator die vermachten silbernen Löffel hatte einschmelzen und einen Becher daraus verfertigen lassen: debebitur poculum, durante scilicet voluntate.

II. Das Allgemeine Landrecht.

§ 24.

Betrachten wir dieses Gesetzbuch, dem die Unmöglichkeit als Kategorie in der Vermächtnislehre unbekannt ist, unter dem Gesichtspunkt, ob und inwieweit sich in Einzelvorschriften ein Dogma finden läßt, welches bei Unmöglichkeit des Inhalts Nichtigkeit des Vermächtnisses festsetzt und inwieweit sich Vorschriften finden lassen, die unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit sich als Ausnahmen eines solchen Prinzips auffassen lassen, so finden wir

1. das Vermächtnis von „gar nicht mehr" im Nachlaß vorhandenen Sachen. Hierunter fallen auch die untergegangenen Sachen, bei denen also objektive Unmöglichkeit der Leistung für den Erben besteht. Das Vermächtnis ist nichtig, § 315, I, 12;

2. das Vermächtnis von Sachen, die dem Verkehr entzogen sind. Über sie spricht sich § 386, I, 12 folgendermaßen aus: Werden Sachen vermacht, die vom Verkehr gänzlich ausgeschlossen sind, so ist ein solches Vermächtnis unkräftig;

3. das Vermächtnis von Sachen des Legatars § 381, I, 12: War der Legatarius zur Zeit des errichteten Legats selbst Eigentümer der ihm vermachten Sache, so ist das Vermächtnis ohne Wirkung, wenn nicht aus der Fassung der Disposition erhellt, daß und welchen besonderen Vorteil der Testator dadurch dem Legatario hat zuwenden wollen. Das österreichische Gesetzbuch hat einen dem § 878 der Verträge gleichgebildeten Paragraphen in § 653. Alles was im gemeinen Verkehre steht: Sachen, Rechte, Arbeiten und andere Handlungen, die einen Wert haben, können vermacht werden. Hieraus folgt also die Ungültigkeit eines Vermächtnisses mit anderem Gegenstand (z. B. einer res extra commercium).

In welchem Zeitpunkt die Unmöglichkeit vorhanden sein muß, erhellt nicht klar. Es wäre möglich, aus § 382, I, 12 herauszulesen, daß auch das Allgemeine Landrecht die regula Catoniana übernommen hätte. Dieser Paragraph lautet nämlich: „Übrigens kommt es in diesem Falle nicht darauf an, ob der Legatarius bei

dem Ableben des Testators die vermachte Sache noch wirklich besitzt oder ob er sie in der Zwischenzeit veräußert hat." Diese Entscheidung ist vom Standpunkte eines die regula Catoniana nicht anerkennenden, vielmehr auf die Zeit des Anfalls achtenden Rechtes unrichtig, denn in solchem Falle liegt im Augenblick des Anfalls keine Unmöglichkeit vor. Dernburg[1] will jedoch den Fall anders erläutert wissen. Er meint, daß ein solches Legat meist nur in dem Sinne vorkommen wird, daß der Erblasser den Legatar auf eine Sache verweist, die er bereits durch seine Liberalität erhalten hat, daß er also nicht den Erben eine Pflicht zur Leistung dieser Sache auferlegen will. Dann aber sei es selbstverständlich, daß eine spätere Veräußerung seitens des sogenannten Legatars dem Legat keine Kraft geben kann (die es nämlich als Legat nie besitzen sollte). Wie aber, wenn seitens des Erblassers bei der Anordnung ein Irrtum, also keine Verweisung auf die vermachte Sache vorlag? Es erscheint doch zweckmäßig, zur Abwehr gegen eine Entscheidung, die auf Grund einer Verallgemeinerung dieses Satzes, der nun einmal den Errichtungszeitpunkt als den maßgebenden kennzeichnet, auch die Ungültigkeit des Vermächtnisses einer res extra commercium aussprechen müßte, selbst wenn sie im Augenblick des Todes nicht mehr eine solche ist, die Analogie der §§ 58 ff., I, 5 heranzuziehen, die auch bei Verträgen die Gültigkeit aussprechen, falls das Hindernis gehoben werden kann. Der maßgebende Zeitpunkt ist hier der Todesfall. Steht also die Sache zur Zeit des Anfalls in Verkehr, so entsteht das Forderungsrecht des Vermächtnisnehmers.

Ist die regula Catoniana nicht als der prinzipielle Standpunkt des ALR. anzusehen, so erhalten bei einer Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit die Fälle einer aus dem favor testamenti sich herleitenden vermuteten Surrogation eine besondere Bedeutung als Ausnahmen von dem Prinzip der Nichtigkeit eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Legats.

---

[1] Lehrb. d. preuß. Priv.R. S. 393.

Denn, wird als Zeitpunkt des Möglichkeitsurteils der Tod des Erblassers angesehen, so besteht in ihm für den Erben eine wahre Unmöglichkeit der Leistung der vermachten Sache. Die Surrogation, welche das Vermächtnis aus einem anderen Gesichtspunkt aufrecht erhält, ist also die Erhaltung eines ursprünglich unmöglichen Legats. Wieder spielt allerdings der Gedanke der ademtio legati die Hauptrolle. Das ALR. kennt als Fälle, in welchen zur Zeit des Anfalls der vermachte Gegenstand nicht mehr existiert, also eine Leistungsunmöglichkeit besteht:

1. Die Verarbeitung, Verbindung, Vermischung der Sache. Der Fall, daß die vermachte Forderung eingezogen wurde, ist nicht behandelt, doch wird auf ihn § 322 I, 12 analog anzuwenden sein, wenn der Erblasser das gelöste Geld sich zu seinem Tode besonders aufbewahrt hat, ein Erfordernis, welches für die Surrogation bei verkauften Vermächtnisgegenständen gilt. Was aber die Verarbeitung, Verbindung, Vermischung betrifft, so spielt wieder der Gedanke der ademtio legati die größte Rolle. Wieder wird nicht gefragt, ob die Leistung durch den Erben als unmöglich zu gelten habe, sondern ob in der Veränderung eine ademtio legati zu erblicken sei oder nicht. Deshalb werden die Fälle, in denen Dritte die Veränderung vorgenommen haben, auch nur unter dem Gesichtspunkt einer in diesem Fall selbstverständlichen Abwesenheit einer Ademtionsabsicht betrachtet. Der Fall, daß Miteigentum 2c. entstehen könne, wird nicht beachtet.[1] Mehrere Monenten

[1] Eine eigentümliche Stelle findet sich in der revisio monitorum (s. Bornemann S. 87). Der gedruckte Entwurf hatte bestimmt, daß die Vermächtnisdisposition ihre Wirkung verliere, wenn die Sache verändert worden sei, so daß sie nicht mehr für dieselbe geachtet werden könne. Nur in einem Fall „wenn die Veräußerung ohne Vorbewußt des Testators vorgenommen sei (so bemerkt die revisio monitorum zum ungedruckten Entwurf), soll der Legatar berechtigt sein, statt der vermachten Sache die veränderte Sache zu fordern. Hierzu bilden sie das seltsam entlegene Beispiel: „Wenn z. B. eine Zuckerplantage ohne Wissen des Testators in eine Reisplantage verwandelt worden sei." Natürlich, da in einem solchen Fall eine Ademtion eben nicht zu denken ist, und auf diese Frage allein kommt es an.

hatten allerdings schon den Antrag gestellt, die Lehre von der ademtio tacita der Legate ganz aufzugeben, weil sie leicht zu Spitzfindigkeiten führe. Suarez aber hatte erwidert: „Die Sache hat wohl ihren guten Grund in der Natur der Handlung des Testators und die Spitzfindigkeiten des römischen Rechts sind bloß daher entstanden, weil man zu vielerlei Arten einer ademtionis tacitae fingiert hatte. Der Entwurf führt als solche nur zwei an, wenn der Erblasser die Sache veräußert hatte (Ausnahme § 322, I, 12, s. oben), andererseits, wenn er die Form der Sache dergestalt verändert hat, daß sie nicht mehr dieselbe Sache ist. Aus welchem Grunde wolle man annehmen, es sei der Wille des Testators gewesen, daß der Legatarius statt der vermachten eine andere Sache (und dies ist die verarbeitete) haben sollte?" Seine Ansicht fand keine Billigung. Auch der in gänzlich veränderter Form nur erkennbar der Materie nach erhaltene Vermächtnisgegenstand wird als solcher geschuldet.[1] Es gleicht also diese Auffassung der oben erwähnten Anschauung Ulpians. Hat der Testator allerdings zu der Verarbeitung noch eine Verbindung mit anderen Sachen gefügt, so kann der Legatar nur den gemeinen Wert fordern, § 319, I, 12, während, falls feststeht, daß die Veränderung der Form ohne Vorwissen und Genehmigung des Testators erfolgt sei, nunmehr zur Wahl gestellt wird, ob der Legatar die veränderte Sache oder den gemeinen Wert ersetzt haben will.[2]

---

[1] Bornemann S. 87 tadelt diese Entscheidung und gibt derjenigen von Suarez den Vorzug, da die legierte Sache, wenn sie in eine ganz andere Gestalt gebracht worden sei, ebenso gewiß wie bei einer Veräußerung nicht mehr vorhanden sei. Die also auch für das preußische Recht ebenso wie für das gemeine Recht bestehende Streitfrage ist erst durch das BGB. gelöst worden.

[2] Außerdem aber will Dernburg Bd. 3 S. 391 auch bei sonstigen untergegangenen Sachen ganz allgemein Surrogation eintreten lassen, wenn der Erblasser nach dem Untergang eine neue Sache gleichen Namens, gleichen Zwecken gewidmet hat, indem in einem solchen Falle nicht gesagt werden könne, die Sache sei „gar nicht mehr" im Nachlaß vorhanden, wie es § 315 h. t. erfordert.

2. Als weitere Ausnahmen sind noch

a) die Vorschrift des § 373 hinzuzufügen, daß eine künftige Sache, bei der also im Augenblicke des Anfalls objektive Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, falls sie ausdrücklich als künftige vermacht worden ist, von dem Erben, sobald sie entsteht, dem Legatar zu gewähren ist, daß also das Vermächtnis gültig ist;

b) die nach preußischem Recht zulässigen partikulären Erbverträge, die nicht eine Erbeseinsetzung, sondern eine Einzelzuwendung zum Gegenstand haben. Sie unterscheiden sich von der donatio mortis causa dadurch, daß sie einmal nicht unentgeltlich zu sein brauchen, zweitens nicht wie diese widerruflich sind.[1] Man interpretiert in einen solchen Vertrag ein Versprechen der Nichtveräußerung bezw. Vernichtung hinein. Im Falle einer solchen Handlung des Erblassers ist das Vermächtnis durch Untergang des Gegenstandes nicht nichtig geworden, sondern besteht in einer Schadenersatzverbindlichkeit des Erben fort.

Das österreichische Gesetzbuch.

§ 25.

Auch für das österreichische Gesetzbuch ist die Geltung der regula Catoniana[2] nicht nachzuweisen. Entscheidend für die Frage der Unmöglichkeit bei Vermächtnissen muß also der Zeitpunkt des Todes des Erblassers sein. Doch kennt auch das ABGB. die Unmöglichkeit als juristisch bedeutsame Kategorie in der Vermächtnislehre nicht, benützt sie vielmehr nur, um aus ihr Schlüsse auf den Willen des Erblassers zu ziehen. So bestimmt es ausführlich in § 724:

> Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben, oder wenn er die jemand zugedachte Sache auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt

---

[1] z. B. Dernburg Bd. 3 § 179 a. E.

[2] Unger, Erbrecht § 60.

und ihren vorigen Namen veriert (man denke an das römische Beispiel: Becher aus Löffeln).

Code civil.

§ 26.

I. Die grundlegende Bestimmung enthält § 1042:

Le legs sera caduc, ci la chose léguée a totalement périe pendant la vie du testateur. Il en sera de même si elle a périe depuis sa mort sans le fait et la faute de l'heritier quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lors'qu'elle eût également dû perir entre les mains du légataire.

Dieser Satz setzt also einen Fall des Vermächtnisses fest,

1. für den Fall, daß der Gegenstand des Vermächtnisses vor Eröffnung der Rechte des Vermächtnisnehmers zugrundegegangen ist. Der Vernichtung dürfte die Verarbeitung in eine andere Sache gleichstehen. So sagt Ed. Fuzier Herrmann in seinem Kommentar zu § 1042 in Anm. 1: encore quand elle a été convertie en une autre substance. Für den Fall, daß eine Forderung vermacht ist, die der Erblasser jedoch schon vor dem Erbfall eingezogen hatte, enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung. Die Regelung dieses Falles ist also der Wissenschaft überlassen. Die französische Wissenschaft neigt dazu, dieses Vermächtnis für gültig zu erklären, der Unmöglichkeit der Leistung, die in einem solchen Fall für den Erben vorliegt, also keinen vernichtenden Einfluß einzuräumen. So deduziert z. B. Herrmann a. a. O. Anm. 4: C'est toujours au surplus la considération de l'intention du testateur, qui dommine cette matière. Ainsi le legs d'une créance déterminée peut être considérée comme ayant pour objet non le titre de la créance, nomen, mais le valeur même de la créance. Par suite ce legs ne devient pas caduc, par cela seul, qu'navant le décès du testateur la créance à été remboursée (ebenso Démolombe Bd. XXII S. 340).

2. Ist der Gegenstand nach Anfall des Vermächtnisses sans le fait ou la faute der Erben untergegangen (also der Fall

nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit), wird das Legat ebenfalls hinfällig, falls sich der Erbe nicht im Verzug befindet.

II. Eine weitere Hinfälligkeit des Vermächtnisses, die unter den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit zu ziehen ist, enthält § 1021: lorsque le testateur aura léguée la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas. Dieser Fall ist an sich kein solcher der Unmöglichkeit der Leistung des Vermächtnisgegenstandes, sondern höchstens des Unvermögens, falls der Dritte sich weigert, die Sache zum Zwecke der Beschaffung dem Erben herauszugeben. Die französische Jurisprudenz unterwirft jedoch nicht alle Fälle des Vermächtnisses einer fremden Sache dieser Regel, sondern untersucht, ob nicht etwa dem Erben die Pflicht auferlegt war, dem Vermächtnisnehmer die Sache zu beschaffen. Unter diesen Paragraphen wird auch das Vermächtnis einer Sache des Erben gerechnet. Über die Gültigkeit dieses Vermächtnisses sind allerdings die Ansichten geteilt, während die eine Ansicht z. B. Herrmann Anm. 4 zu § 1021 besagt: Sauf cette restriction le legs d'une chose appartenent à l'héritier légitime ou à l'héritier testamentaire est nul, comme le legs de la chose d'autrui sagt Herrmann bezüglich der anderen Meinungen: Jugé au contraire d'une manière absolue que le legs de la chose de l'héritier n'est pas nul comme le legs de la chose d'autrui. Nicht der Vorschrift dieses Paragraphen unterworfen, also für gültig erklärt wird auch das Vermächtnis einer im Miteigentum des Erblassers stehenden Sache, da es sich hier nicht um das Vermächtnis der Sache eines anderen handele. Es wird vielmehr angenommen, daß in solchem Falle der Miteigentumsanteil vermacht ist. Im übrigen entscheidet der mutmaßliche Wille des Erblassers, nicht die Unmöglichkeit der Leistung über die Gültigkeit der Vermächtnisse, auch wenn die vermachte Sache eine durchgreifende Änderung erlitten hat. So sagt der Code civil im Art. 1038:

Toute aliénation que fera le testateur de tout ou de partie

de la chose léguée emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné.

III. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 27.

Das Dogma findet sich gesetzlich sanktioniert in § 2161. Hier wird das Vermächtnis, das auf eine Leistung gerichtet ist, welche zur Zeit des Erbfalls unmöglich ist, für unwirksam erklärt. Gemeint ist nach dem Sprachgebrauch des BGB. wieder nur die objektive Unmöglichkeit. Es wird mit dieser Vorschrift von der regula Catoniana abgegangen, die der erste Entwurf in § 96 noch angenommen hatte. Weiter hinaus kann der Beurteilungspunkt noch durch Satz 2 geschoben werden, welcher besagt, daß § 308 entsprechende Anwendung finden solle. Es wird also einerseits das Vermächtnis einer im Augenblick des Anfalls unmöglichen, aber unter der Bedingung des Möglichwerdens vermachten Sache für gültig erklärt (s. oben Allgemeines Landrecht § 373, I, 12), ebenso aber das aufschiebend bedingte und befristete zur Zeit des Erbfalls auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vermächtnis. Der Unmöglichkeit wird als Vernichtungsgrund gleichgestellt: die Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, falls dadurch das Eigentum an der Sache in dem der verbundenen untergegangen ist, Miteigentum eingetreten ist, oder die Sache derart verarbeitet oder umgebildet erscheint, daß der Hersteller durch Spezifikation Eigentümer geworden ist, § 2172. Damit werden die bezüglich des römischen Rechts und des Allgemeinen Landrechts bestehenden Streitfragen im Sinne der strengeren Lehre des römischen Rechts und des Suarez entschieden. Der Fall, daß der Erblasser selbst die Verbindung, Vermischung, Verarbeitung vernimmt, ergibt vom Standpunkt der Unmöglichkeit, wenn man erst einmal diese drei Fälle der Unmöglichkeit gleichstellt, ebenso eine Unmöglichkeit, wie die von anderen vorgenommene. Zwar wird dieser Fall durch die §§ 947 ff., auf die in § 2171, 1 verwiesen wird, nicht ganz eigentlich gedeckt, sie setzen fast alle (ausgenommen § 946) eine

Verschiedenheit der vermischenden, verarbeitenden Personen voraus, so daß Miteigentum entstehen, Eigentum des Stoffeigentümers untergehen, solches des Verarbeiters entstehen kann, während im Fall der Verarbeitung durch den Eigentümer dieser nicht Eigentümer wird, sondern es bleibt.[1] Daß aber diese Fälle ebenfalls als Unmöglichkeit mit getroffen werden sollen, ergibt nicht nur der Sinn dieser Vorschrift, sondern auch die Motive[2] besprechen schon diesen Fall, indem sie deduzieren: Nimmt der Erblasser selbst eine Spezifikation vor, so muß entsprechend den §§ 893, 894 (= 950 BGB.) das gleiche gelten, wenn die Verarbeitung oder Umbildung eine solche ist, daß dadurch das Eigentum auf einen anderen übergehen oder das Eigentum des Erblassers erlöschen könnte; nimmt hingegen der Erblasser lediglich Änderungen der Sache vor, ohne daß diese dadurch eine andere wird, so ist dies „unerheblich" und „zu treffen sind auch die eigenen Handlungen des Erblassers, obwohl dieser bereits Eigentümer ist und nicht erst auf Grund des Vorgangs Eigentum erwirbt". Daß in den Fällen der Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit § 139 entsprechend anzuwenden ist, falls anzunehmen ist, daß der Erblasser auch diesen Teil noch hätte als Vermächtnis gelten lassen, dürfte sicher sein. § 139 spricht von Rechtsgeschäften ganz allgemein, deckt also auch das Vermächtnis. Der Ausdruck „unwirksam", der in § 2171 gebraucht wird, ist sachlich von demjenigen „nichtig" nicht unterschieden. Ebenso ist auch die Anwendung des § 265 bei alternativen Vermächtnissen unzweifelhaft.[3]

Ausnahmen.

§ 28.

Als Ausnahmen sind außer dem schon erwähnten § 2171 Satz 2, der die gleiche Ausnahme wie § 308 normiert, die Fälle der Ver-

[1] Nach Kipp, Festschr., f. Martitz S. 221 würde er jetzt allerdings Eigentum aus zwei konkurrierenden Gründen besitzen, einmal aus dem bisherigen Verhältnis, andererseits aus der Spezifikation.

[2] Mot. Bd. 5 S. 147.

[3] So auch Kleineidam, Unmöglichk. S. 62.

mutung einer Surrogation zu nennen, d. h. die Fälle, in denen das Legat mit unmöglichem Leistungsinhalt unter dem Gesichtspunkte eines veränderten Leistungsgegenstandes aufrecht erhalten wird, so §§ 2169 Abs. 3, 2172 Abs. 2, 2173, dazu kommt der Fall des § 2288 Abs. 1 und auch § 2150 ist hier zu betrachten.

a) § 2169 Abs. 3. Ist die vermachte Sache untergegangen, steht jedoch dem Erblasser ein Anspruch auf Ersatz des Wertes zu, so gilt dieser im Zweifel als vermacht. Die Zerstörung muß allerdings nach der Vermächtnisanordnung stattgefunden haben, denn der Paragraph will in Wirklichkeit keine Ausnahme von dem Prinzip der Unmöglichkeit aussprechen, sondern vielmehr das Vorliegen einer ademtio legati in solchem Falle leugnen. Hat die Zerstörung vor der (irrtümlich erfolgten) Vermächtnisanordnung stattgefunden, so greift § 2171, d. h. Nichtigkeit des Vermächtnisses Platz.

b) § 2172 Abs. 2. Ist in dem Fall der durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung herbeigeführten Unmöglichkeit dadurch Miteigentum, ein Wegnahmerecht des Erblassers, ein Ersatzanspruch gegen den Spezifikanten für den Erblasser entstanden, so gilt dieses als vermacht. Zur Herbeiführung der Unmöglichkeit, also eines objektiven Zustandes, durch eine dieser Handlungen wäre es gleichgültig, wann die Veränderung des Vermächtnisgegenstandes vorgenommen wurde, ob vor oder nach der Vermächtnisanordnung, genug, dieses wurde dadurch unmöglich. Die Surrogation aber leitet sich aus dem vermutlichen Willen des Erblassers her. Dieser aber kann bezüglich des Schicksals eines Vermächtnisses frühestens im Augenblick desselben entstehen. Glaubt also § 2172 Abs. 2 als den vermutlichen Willen des Erblassers die Aufrechterhaltung des Legats unter Surrogation des Miteigentums ꝛc. aussprechen zu müssen, so ist klar, daß nur ein solches Miteigentum, ein solcher Anspruch auf Ersatz in Betracht kommen kann, der nach der Vermächtnisanordnung entstanden ist. Aus einer Verbindung ꝛc. durch den Erblasser aber wird neben dem objektiven Tatbestand des Unmöglichwerdens der Leistung noch der subjektive einer ademtio

legati herausgelesen, d. h. der Erblasser hat nicht nur die Sache zerstört, sondern mit ihr seinen Vermächtniswillen, den Freigebigkeitswillen überhaupt (sei es auch unter verändertem Objekt) zurückgenommen. Daß mit dieser Auslegung der Paragraph eine Inkongruenz zwischen den beiden Absätzen bezüglich des Zeitpunkts der Unmöglichkeit aufweist, ist sicher, sie stehen aber auch auf zwei ganz verschiedenen Standpunkten, der erste auf einem objektiven, der zweite auf einem subjektiven, auf welchem der erste zunächst auch stand, bis er unter den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit gezogen wurde.[1]

c) § 2173. Der Erblasser hat eine vermachte Forderung einkassiert, der Fall des römischen Rechts, s. oben. Die Forderung konnte auf eine Sach- oder auf eine Geldleistung gerichtet sein. In ersterem Fall ist erforderlich, daß die Sache sich noch in dem Nachlaß vorfindet, im zweiten Fall gilt die entsprechende Geldsumme als vermacht.[2] Bezüglich des Zeitpunkts der Einkassierung ist angesichts des für die Surrogation maßgebenden subjektiven Maßstabs erst die Zeit nach der Vermächtnisanordnung zu betrachten, die irrtümlich vermachte, bereits durch Einziehung erloschene Forderung fällt unter § 2171. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Paragraphen: „Hat der Erblasser eine ihm zustehende (d. h. zur Zeit der Vermächtnisanordnung noch zustehende) Forderung vermacht.“

d) § 2288 Abs. 1. Hat der durch einen Erbvertrag gebundene Erblasser den Gegenstand eines vertraglich ausgemachten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, damit also für den Erben eine Unmöglichkeit der Leistung desselben begründet, so hat der Erbe an Stelle des Gegenstandes seinen

---

[1] Genaueres über die Entstehungsgeschichte des Paragraphen bei Kleineidam, Unmöglichk. S. 53—61.

[2] Es ist also nicht erforderlich, daß der Erblasser das eingezogene Geld pro deposito habuit, oder, wie es das allgemeine Landrecht ebenso bezüglich eines für eine verkaufte Vermächtnissache eingenommenen Kaufpreises in § 322, I, 12 fordert, besonders aufbewahrt hat.

Wert zu ersetzen. Dieser Paragraph stellt eine Ausnahme von dem Prinzip des § 2286 auf, nach welchem der erbvertraglich gebundene Erblasser über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei verfügen darf. Es begründet diese Vorschrift also einen Schutz des Vermächtnisnehmers, der durch den Erblasser im Hinblick auf §§ 2279, 2169 leicht ganz um sein Recht gebracht werden könnte. Es muß die Absicht vorliegen, den Bedachten zu schädigen, doch folgt hieraus noch nicht, daß ihr Erbe Schadenersatz zu leisten hat, vielmehr hat er nur den gemeinen Verkehrswert der Sache zu ersetzen. Kleineidam[1] bemerkt zu dieser Frage vollkommen mit Recht, daß Schädigungsabsicht in Verbindung mit Schädigung noch keine Schadenersatzpflicht herbeiführt. Es muß noch Widerrechtlichkeit, bezw. Vertragswidrigkeit der schädigenden Handlung hinzukommen, welche aber, wenn nur die Bedingungen des § 2288 vorliegen, noch nicht vorhanden ist, da der durch Erbvertrag gebundene Erblasser prinzipiell an der Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden nicht behindert ist.

e) In Betracht ist noch § 2150 zu ziehen. Nach ihm gilt das dem Erben zugewandte Vermächtnis (Vorausvermächtnis) auch insoweit als Vermächtnis, als der Erbe selbst beschwert ist. Da das Vermächtnis ein Schuldverhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer erzeugt, so liegt im Falle, daß der Erbe sein eigner Schuldner sein soll, juristische Unmöglichkeit vor, da die Entstehung eines solchen Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist. So war denn auch die Behandlung dieses Falls in verschiedenen Gesetzbüchern verschieden. Im römischen Recht sprach Florentinus l. 116 § 1 D. de legatis 1 den Satz aus: heredi a semet ipso legatum dari non potest. Der Legatar erhielt das Legat darum auch nur zum Teil iure legati, zu dem ihm selbst auferlegten Teil behielt er es iure hereditario. Das gemeine Recht[2] hatte sich dieser Ansicht angeschlossen. Das Allgemeine Landrecht, § 262, I, 12, aber enthielt bereits den Satz: Ist einem der Miterben vor den

[1] Kleineidam, Unmöglichk. S. 76.

[2] Windscheid § 627 Anm. 2.

übrigen eine bestimmte Sache oder Summe ausgeschieden, so wird er in Ansehung dessen als Legatarius angesehen. Unser Gesetzbuch hat sich dieser letzteren Ansicht angeschlossen ebenfalls im Wege der Fiktion (es „gilt“ als Vermächtnis); das an sich wenigstens zum Teil unmögliche Vermächtnis wird also aufrecht erhalten, nicht durch Surrogation, sondern im Wege der Fiktion.

D. Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse und Beurteilung derselben de lege ferenda.

§ 29.

Als Endergebnis unserer Betrachtung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften als Folge der Unmöglichkeit der Verwirklichung ihres Inhalts ergibt sich:

1. Unser Vertragsrecht leidet unter der Nichtigkeitserklärung von Verträgen mit unmöglichem Inhalt. De lege ferenda wird gerade im Gegenteil wünschenswert sein, daß solche Verträge für gültig erklärt werden. Mit dieser Regelung fallen natürlich auch doktrinäre unfruchtbare Unterschiede, wie diejenigen von ursprünglicher und nachfolgender, objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. Es entspringen andererseits dem Vertrage obligatorische Verpflichtungen für den Schuldner, wie z. B. diejenige, an der Behebung der Unmöglichkeit tätig zu sein. Wichtig wird jedoch auch hier die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit sein. Verträge über eine absolut unmögliche Leistung werden, wenn sie einmal vorkommen, allerdings für nichtig erachtet werden können.

2. Die Regelung des BGB. hinsichtlich der Einwirkung der Unmöglichkeit auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften von Todes wegen[1] ist im allgemeinen angemessen.[2] Sie ist es aber eigentlich nur deshalb, weil das Prinzip der Unmöglichkeit, welches den Vor-

---

[1] Auf die Auflage finden nach § 2192 die Vorschriften für Vermächtnisse entsprechende Anwendung.

[2] Zu schweren Bedenken gibt die Regelung des Unvermögens in § 2170 Anlaß.

schriften äußerlich zugrunde gelegt ist, an allen wichtigeren Stellen durchbrochen wurde. Der Anfall des Vermächtnisses als Beurteilungszeitpunkt der Möglichkeit ist angemessen. Ein noch späteres (nicht zur Bedingung gesetztes) Möglichwerden braucht bei diesen Akten der Freigebigkeit nicht in Betracht gezogen zu werden. Die auf Grundgedanken der Ademtion der Legate aufgebaute Surrogation, welche dem Bedachten den vollen Wert des vermachten Gegenstandes verschaffen soll, beseitigt alle Härten. Der für das Verkehrsleben so eminent wichtige äußere Schein findet hier keine Stätte der Betätigung.

Literaturverzeichnis.

Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. I.

Bechmann: Der Kauf II 1884.

Bendix: Haftung für den Rechtbestand von Rechten, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 33.

Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91.

Binder: Über Titze und Kisch in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 52.

Bornemann: Systematische Darstellung des preußischen Zivilrechts II 1842, VI 1844.

Brecht: System der Vertragshaftung, in Iherings Jahrbücher Bd. 53.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten Bd. 2 1879.

Brock: Das negative Vertragsinteresse 1902.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 5. Aufl. I 1910.

Crome: System des bürgerlichen Rechts 1902.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts II³ 1882, III² 1881.

Dernburg-Sokolowski: System des römischen Rechts II 8. Aufl. 1912.

Dernburg-Sokolowski: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II² 1909, V² 1905.

Eckstein: Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 37.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I 8. Aufl. 1903.

A. Fischer: Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung in Iherings Jahrbüchern Bd. 37. Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, Festschrift für Amsberg 1904.

O. Fischer: Über Wachs Handbuch des Zivilprozesses. ZZP. Bd. 10.

O. Fischer: Sein und Schein im Rechtsleben, in Internationale Wochenschrift 1909.

O. Fischer: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 23 Heft 2 1912.

O. Fischer: Dasselbe. 2. Beitrag, Bd. 26 Heft 1 1913.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Privatrechts 4. Aufl. 1890.

Hartmann: Die Obligation 1875.
Hellwig: System des Zivilprozeßrechts I 1912.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht 1905.
Hirsemenzel: Ergänzungen und Erläuterungen zum ALR. 1854.
Hölder: Über Krückmann in ZZP. Bd. 41.
Hufeland: Lehrbuch des Naturrechts.
Hugo: Naturrecht.
Jhering: Culpa in contrahendo, Jherings Jahrbücher Bd. 4.
Kipp: Bei Windscheid 9. Aufl. 1906.
Kipp: In Festschrift für Martitz. Über Doppelwirkungen, im Recht 1911.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit, in Fischers Abhandlungen 1900.
Kisch: Über Titze, Kr. Vierteljahrsschr. Bd. 44.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB., in Fischers Abhandlungen 1900.
Kleineidam: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre, in Jherings Jahrbüchern Bd. 43.
Koch: Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts Bd. I 1851.
Kohler: Ademtion der Legate, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 1908.
Krahmer: Gegenseitige Verträge 1904.
Krückmann: Anfechtung, Wandelung, Schadensersatz beim Viehkauf 1904.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 101.
Krückmann: Kritik über Weigel in: Aufrechnung, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 34.
Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre I und II in Jher. Jahrb. Bd. 57, Bd. 59.
Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 73 und 74.
Landsberg: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1904.
Leonhard: Über Mommsen, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 26.
Melliger: Culpa in contrahendo 2. Aufl. 1898.
Mommsen: Die Unmöglichkeit in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Beiträge I 1853.
Mommsen: Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Beiträge 3 1879.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse 3./4. Aufl. 1910.
Oertmann: Das Pfandrecht an stehenden Früchten, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 41.
Pernice: Über Hartmanns Obligation, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 21.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. 2, Bd. 5 3. Aufl. 1907.
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung, in Festschrift für Bekker 1907.
Rabel: Der sog. Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht, in Zeitschrift für Schweiz. Recht Bd. 27 n. F.
Rabel: Die Unmöglichkeit der Leistung, in Rheinische Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 3.
Rabel: Die Unmöglichkeit der Leistung nach ABGB., in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des ABGB. Bd. 2 1911.
Reichel: Unklagbare Ansprüche, in Iherings Jahrb. Bd. 59.
Scheuerl: Über Hartmanns Obligation, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18.
v. Schey: Über Rechtsverwandlungen, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7.
Schirrmeister: Das bürgerliche Recht Englands, Kommentar 1910.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse I 1900.
Schröder: Unmöglichkeit und Ungewißheit.
Schweitzer: Über die Grenzen von Unmöglichkeit und Unvermögen bei dem Verkauf einer Forderung 1910.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung, in Iherings Jahrb. Bd. 50.
Stammler: Die Schuldverhältnisse in ihren allgemeinen Lehren 1897.
Stammler: Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902.
Stammler: Wirtschaft und Recht 1904.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2, 7. u. 8. Auflage 1912.
Strohal: Das deutsche Erbrecht 3. Aufl. 1903, 1905.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900.
Titze: Über Kisch, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 45.
Titze: Über Krückmann, Deutsche Literaturzeitung 1907.
Ubbelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurf eines BGB., im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 65.
Wach: Der Rechtsschutzanspruch, in Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 32.
Wach: Urteilsnichtigkeit, in der Rheinischen Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 3 S. 373 ff.
Wach: Nochmals die Urteilsnichtigkeit, daselbst Bd. 4 S. 509 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl. 1906.
Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts Bd. 8 1894.

Lebenslauf

Ich, Ludwig Marck, Preuße, jüdischer Konfession, wurde am 7. April 1891 zu Breslau als Sohn des Justizrats Stadtrat Alfons Marck und seiner Ehefrau Rosa, geb. Heimann, geboren. Ich besuchte von 1897 ab das städtische Johannesgymnasium zu Breslau, das ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte darauf an den Universitäten Freiburg i. Br., Berlin und Breslau die Rechtswissenschaften und hörte die Vorlesungen bezw. Übungen folgender Herren Professoren:

Brie, Bruck, Eisele, Fischer, Gierke, Gretener, Heilborn, Hellwig, Hönigswald, Klingmüller, Kohler, Kühnemann, Leonhard, v. Liszt, Meyer, Schmidt, Schott, Schultze, Seckel, M. Wolff und Wolf.

Am 27. Juni 1912 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 22. Juli desselben Jahres mein examen rigorosum. Vom 8. Juli 1912 bis 19. April 1913 war ich dem Kgl. Amtsgericht Habelschwerdt, gegenwärtig bin ich dem Kgl. Landgericht Brieg zur Vorbereitung überwiesen.

Allen den Herrn Professoren und Richtern, die mich in meiner Ausbildung gefördert haben, sage ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank.

Zu ganz besonderem Danke bin ich Herrn Geheimrat Professor Dr. Fischer verpflichtet, sowohl für die reiche Anregung, die ich im Kolleg und Seminar bei ihm genossen habe, als auch besonders für die überaus gütige Art, mit welcher er das Entstehen dieser Arbeit durch seine Ratschläge begleitete und förderte.